

Le Problème de la Rupture
des
Fiançailles ou Promesses de Mariage
en Jurisprudence

Étude de droit comparé

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue le mardi 9 avril 1935, à 14 heures

PAR

Jean LEFEBVRE

Président : M. DESSERTAUX, professeur

*Suffragants : { MM. DUMONT, professeur
FLOUR, chargé de cours*

PARIS

JOUVE & C^{ie}, ÉDITEURS

15, RUE RACINE, 15

1935

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Le Problème de la Rupture des Fiançailles ou Promesses de Mariage en Jurisprudence

Étude de droit comparé

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue le mardi 9 avril 1935, à 14 heures

PAR

Jean LEFEBVRE

Président : M. DESSERTAUX, professeur

*Suffragants : { MM. DUMONT, professeur
FLOUR, chargé de cours*

PARIS

JOUVE & C^{ie}, ÉDITEURS

15, RUE RACINE, 15

1935

*La Faculté n'entend donner aucune approbation ni
improbation aux opinions émises dans les Thèses;
cès opinions doivent être considérées comme propres
à leurs auteurs.*



A MONSIEUR MARC DESSERTAUX

Professeur à la Faculté de Droit de Dijon

*Qui nous a initié à l'étude du droit anglais
et a bien voulu nous faire l'honneur de pré-
sider notre jury de thèse.*

A MONSIEUR PIERRE LOUIS-LUCAS

Notre éminent Professeur de Droit civil à la Faculté de Dijon

En hommage de reconnaissance.

A MON GRAND-PÈRE

A MA MÈRE

A MA FEMME

MEIS ET AMICIS

Le Problème de la Rupture des Fiançailles ou Promesses de Mariage en Jurisprudence

Étude de droit comparé

INTRODUCTION

C'est un article de M. Jossérand publié au *Recueil Hebdomadaire de Dalloz* qui nous a suggéré l'étude du célèbre problème juridique des fiançailles.

L'intérêt actuel du problème est certain ; il suffit en effet de feuilleter la chronique judiciaire pour constater la place prise par cette sorte de « divorce par anticipation » dans notre société moderne.

Sous l'ancien droit les traditions d'un paternalisme rigoureux dont le théâtre des *xvii^e* et *xviii^e* siècles a brossé un tableau si pittoresque et si vivant, mettaient les jeunes gens plus à l'abri d'engagements souscrits à la légère. Les conceptions qui présidaient au mariage étaient fort différentes.

Tout d'abord l'indissolubilité du lien était absolue. Le mariage était considéré comme un sacrement de l'Eglise ; de plus, à l'inverse du droit canonique qui s'est toujours montré très libéral en matière de consentement des parents (1), nos anciens Parlements voyaient dans le mariage avant tout une institution sociale dans laquelle les individus devaient se sacrifier s'il était nécessaire au bien

1. Baron Cuvrois de Saternault, Le rapprochement des législations canonique et civile en matière de mariage, *Rev. trim. de Droit civil*, 1921, p. 683.

général de la Société et en particulier de la famille qui en est le fondement. Le mariage était avant tout une affaire de famille. C'étaient donc les pères et mères de famille qui décidaient du mariage de leurs enfants.

Un trait caractérise bien cet état d'esprit. On raconte que le fils d'un conseiller au Parlement de Dijon, ayant entendu dire que son père méditait de le marier avec telle demoiselle de la ville, osa gratter à la porte du cabinet du magistrat pour lui demander si ce bruit était fondé : « Monsieur, lui fut-il répondu sévèrement, mêlez-vous ne vos affaires ». C'est qu'en effet le mariage n'était pas son affaire à lui, c'était l'affaire de la famille à laquelle l'individu devait tout sacrifier.

Ne plaignons pas trop ces fiancés du « bon vieux temps » ; s'il faut en croire M. Funck-Brentano, ces mariages arrangés étaient loin de faire, comme on pourrait le croire, des malheureux. Mme de la Tour du Pin nous conte dans ses mémoires comment fut conclu son contrat de mariage avec le Comte de Gouvernet, plus tard Marquis de la Tour du Pin qu'elle vit pour la première fois derrière les rideaux d'une fenêtre alors qu'il venait rendre visite à... la grand'mère de sa fiancée. Il descendait, écrit-elle « d'un fort joli cabriolet attelé d'un beau cheval gris très fougueux. Si l'on veut bien se souvenir que je n'avais pas encore dix-sept ans, on concevra que cette arrivée me plut davantage que s'il fût venu dans un beau carrosse... Sa tournure assurée, son air décidé me plurent au premier coup d'œil ». Et cette description du contrat de mariage achève de peindre une époque : « Il n'était pas d'usage que la demoiselle assistât à la lecture de cet acte préparatoire que signaient seuls les parents et les notaires. Mais ceux-ci sortis, on me fit entrer. Ma grand'mère vint à la porte me prendre par la main et je traversais le salon plus morte que vive. Je sentais tous les regards fixés sur moi et surtout ceux de M. de Gouvernet que je prenais bien soin de ne pas regarder. On trouva que j'étais mise à peindre... un tel examen était insoutenable en présence du haut et puissant Seigneur futur

Epoux, comme on l'avait nommé vingt fois de suite en lisant les articles » (1).

Tout en reconnaissant volontiers ce que cette conception avait d'exagérée, voire d'odieux, en écartant trop souvent du mariage toutes considérations sentimentales, notons en passant que ces unions combinées par la sagesse des parents ménageaient aux époux une parité de goût, d'éducation, d'idées, de préjugés, d'habitude, de milieu social qui est peut-être une garantie de bonheur plus solide que des sentiments dont la durée varie parfois en raison inverse de l'intensité.

La Révolution porta le premier coup de pioche dans l'édifice. En prétendant affranchir l'individu, et le libérer de toute autre contrainte que celle de l'Etat avec lequel il était censé — selon Rousseau — avoir conclu une sorte de pacte, elle tendit à supprimer les « corps intermédiaires » et parmi ceux-ci la famille. Mais il s'en faut qu'elle réussit à faire disparaître d'un seul coup ce paternalisme de l'ancien régime qui avait la vie dure.

Les règles sévères relatives au consentement des parents au mariage édictées par les rédacteurs du Code Napoléon, approuvées à coup sûr par l'Empereur qui demeura sur ce terrain un homme d'ancien régime, sont un témoignage de cette vitalité de l'organisation de la famille.

Pendant longtemps, nos parents n'auraient pas toléré ce que l'on appelle aujourd'hui l'émancipation de la jeune fille. Celle-ci à la fin du siècle dernier était encore élevée au couvent et les « entrevues » avec les candidats au mariage, lorsqu'elles se produisaient, se déroulaient selon des rites immuables de convenances mondaines, précédées d'enquêtes méticuleuses et de pourparlers entre les familles.

Il s'en suivait que les promesses de mariage étaient certainement plus rares qu'aujourd'hui. Une jeune fille qui eût été l'objet d'une proposition directe eut renvoyé l'im-

1. *Journal d'une femme de cinquante ans, 1778-1915*, par la Marquise de la Tour du Pin, Paris, Chapelot, 1914, nos 90, 91 et 92.

prudent au verdict de ses parents. Ces promesses n'avaient pas non plus la même importance que de nos jours.

Le sceptre de l'autorité, par une réaction qui tombe presque toujours dans l'exagération contraire, est devenu à peine une quenouille entre les mains des pères et mères de famille auxquels aujourd'hui les enfants annoncent couramment comme un fait accompli l'échange de leurs promesses. Le mariage est devenu une affaire purement individuelle. Le législateur et le juge ont concouru à la création et au développement de cet état d'esprit. La loi du divorce dont la jurisprudence a, par une interprétation inadmissible de l'injure grave, étendu la portée et les ravages bien au delà des limites que croyait lui avoir assignées le législateur, en relâchant le lien conjugal, n'a pas peu contribué à enlever à l'individu le sentiment de sa responsabilité sociale en faisant du mariage un contrat que l'on rompt avec plus de facilité que les autres, puisqu'on ne risque même pas une condamnation à des dommages-intérêts, sauf les cas très rares où les tribunaux appliquent l'art. 301 du Code civil.

De plus, par des lois successives dont la dernière est du 2 février 1933, le législateur s'est acharné à accentuer l'abdication de l'autorité paternelle. Il est allé jusqu'à admettre que pour des enfants mineurs le dissentiment entre le père et la mère équivaudra à un consentement, mesure imprudente peut-être, mais qui donne aux promesses de mariage une importance singulière.

Par ailleurs les mœurs du temps permettent aux jeunes gens, aux jeunes filles des rencontres fréquentes, faciles, libres ; sur le « court » de tennis ou à la plage, au bureau ou à l'atelier, à l'université et déjà au Lycée, dans les œuvres sociales, les contacts directs se multiplient, bousculant l'antique étiquette, voire la « vieille galanterie française » pour y substituer un esprit de camaraderie et de libre examen de problèmes que jadis la jeune fille n'avait même pas le droit d'aborder.

Ce nouvel état de chose facilite aussi la libre expression

directe et immédiate de sentiments naissants et ardents avant que le temps et la réflexion ait permis d'en éprouver la profondeur et la solidité. Bien des promesses peuvent être échangées verbalement ou par lettre, de bonne foi cerclés, mais très à la légère. On a dit que les mœurs actuelles ont introduit plus de franchise et de simplicité dans les rapports entre jeunes gens et jeunes filles. C'est possible. Mais l'amour n'est pas simple et le mot du vieux Loysel : « En mariage trompe qui peut » sera vrai à toutes les époques. Sous cette prétendue simplicité, peut se cacher plus de pièges et plus d'hypocrisie que jadis : la suppression des intermédiaires a singulièrement développé l'art de la chasse à l'homme. En tout cas les fiançailles et promesses de mariage cassées sont aujourd'hui monnaie courante. Il était impossible que le juge qui, du haut de son siège, observe et suit comme une vigie l'évolution des mœurs de son époque, ne donnât pas audience à ceux ou celles qui se tournaient vers lui pour réclamer sa protection.

Cette protection, la famille la garantissait autrefois alors que les ruptures étaient rares. Elle est impuissante aujourd'hui tandis que les cas de rupture deviennent plus fréquents.

La jurisprudence, qui n'a pas échappé à l'influence des doctrines individualistes des Encyclopédistes et de la Révolution, se montra soucieuse avant tout de protéger la liberté du mariage. Elle n'admit pas que l'on pût valablement se lier avant le cérémonial laïque institué par le Code. Et après quelques hésitations, elle dénia toute force obligatoire aux promesses de mariage ou fiançailles.

Mais le juge, ainsi que l'écrit justement M. George Ripert « est moins frappé par l'utilité commune que par l'équité ». Tout en consacrant d'une manière absolue la liberté du mariage, le juge est frappé de l'injustice qu'il y aurait à ne pas sanctionner dans certains cas le respect de la parole donnée, et à refuser la réparation d'un préjudice moral ou matériel dûment établi.

A cette première considération d'équité, s'en ajoute une seconde. C'est l'idée que l'on doit supporter la conséquence de ses fautes. C'est sur cette idée, fondement de la responsabilité civile, que la jurisprudence bâtira son système de protection accordée aux fiancés injustement délaissés.

Pas de contrat, dira le juge, car on ne saurait se lier valablement que devant l'Officier de l'Etat civil et jusqu'alors il faut être libre, mais il existe un quasi délit lorsque par sa faute l'auteur de la rupture aura causé à l'autre un dommage.

Ce système, très critiqué, a fini par rallier la majorité des auteurs. Cependant presque tous reconnaissent que sur certains points la jurisprudence se montre illogique, incohérente, notamment sur le terrain de la preuve où elle applique aux promesses de mariage les règles des contrats.

Bien plus, certains auteurs critiquent le fondement même des décisions de la jurisprudence, et se demandent si la vérité n'est pas dans la théorie qui considère les fiançailles ou promesses de mariage comme un contrat. L'article de M. Josserand est une des manifestations de ce mouvement doctrinal.

Il nous a donc paru opportun et intéressant de reprendre le problème au point de vue de la jurisprudence. Certains auteurs ont soutenu qu'il ne pouvait être réglé que par le législateur. Et il est vrai que la plupart des Etats européens — Allemagne, Confédération Helvétique, Italie, Etats Scandinaves, Pays-Bas, — ont introduit dans leur Code des dispositions relatives aux fiançailles. L'Eglise qui fut dans les matières matrimoniales la mère de toutes les législations occidentales des pays de civilisation chrétienne, légifère sur les fiançailles dans le Code de droit canonique.

Faut-il donc compléter le Code et, en quelques articles, régler le sort juridique des fiançailles ?

Avant d'arriver à cette conclusion, il nous a paru utile de rechercher si le juge n'est pas en mesure de résoudre le

problème sans prêter flanc aux critiques sévères parfois dont son système actuel est l'objet.

Or, il est un pays tout proche de nous, où le législateur n'a pas jugé utile d'intervenir. C'est la Grande-Bretagne. Les juges anglais et écossais ont élaboré leur système en se fondant sur les principes généraux du droit des contrats. Nous avons pensé que l'étude de leurs décisions nous aiderait en les comparant aux nôtres, à proposer une solution qui, en évitant les abus qu'une pareille action pourrait entraîner, et notamment en sauvegardant la liberté du mariage, permettrait au juge d'accorder une juste protection aux victimes des dommages causés par la rupture des promesses de mariage.

Nous croyons, en effet, que si nos juges peuvent résoudre par eux-mêmes le problème en se fondant sur les principes généraux de notre droit, il est non seulement inutile, mais peut-être dangereux d'en appeler au législateur.

En effet, les solutions jurisprudentielles, si elles n'offrent pas les mêmes garanties de stabilité que les textes de loi, peuvent s'adapter avec beaucoup plus de souplesse aux cas particuliers et aux modifications que les mœurs et les habitudes engendrent dans une société. Le temps où l'on croyait que des lois codifiées de manière immuable suffisaient à résoudre les problèmes de la vie juridique, paraît révolu. La personnalité du juge, son sens critique, son sentiment du juste et de l'équité, du droit naturel, disparaissaient derrière la loi ; il devenait une sorte de distributeur automatique de sentences qui lui étaient dictées par le droit positif ; la loi écrite seule comptait ; on n'écrivait pas des traités de Droit civil mais des commentaires du Code Napoléon. Bon gré mal gré, la force des choses a démontré que la loi n'était pas la seule source du droit, qu'il n'était pas souhaitable que le législateur prétendit faire autre chose que de poser des principes généraux et que selon l'expression d'un auteur le juge restait le « législateur des cas particuliers ». La coutume jurisprudentielle, véritable source de droit, elle aussi, a fait l'objet d'études qui en ont dégagé les

règles essentielles ou qui ont encouragé son développement, sans compter le travail si fécond des arrétistes ; les ouvrages de M. le doyen Géný, notamment sa « Méthode d'interprétation », et ceux de M. Perreau sur la technique de la jurisprudence en droit privé viennent tout de suite à l'esprit du lecteur.

M. Georges Ripert, de son côté, nous démontre que la règle morale continue à guider le juge dans ses décisions en apparence les plus « techniques ».

Et dès lors, comment ne pas voir un parallélisme entre ce mouvement d'idées et la faveur dont jouissent depuis quelques années à peine, les études du droit anglais ? Naguère à peu près inconnu, le droit anglais, essentiellement coutumier et jurisprudentiel, présente un intérêt d'actualité indéniable.

Et en ce qui concerne les promesses de mariage, l'évolution de nos mœurs a rapproché notre société de ce qu'on appelait autrefois la liberté des mœurs anglo-saxonnes que nous avons égalée sinon dépassée. Le juge, d'un côté comme de l'autre du Détroit, se trouve en présence de cas sensiblement analogues et la comparaison des solutions apportées au problème des fiançailles ne risque pas d'être stérile en raison de différences de mœurs trop profondes.

C'est volontairement que nous n'avons pas consacré de chapitre spécial à l'histoire. C'est toute une thèse qui serait nécessaire. Celle de M. Ambroise Colin fait autorité en la matière (1).

Après avoir rappelé dans une première partie la position prise par notre jurisprudence, nous passerons à Londres dans le quartier du Temple. Grâce à l'amabilité et à la bienveillance de M. le doyen Jenks et de M. le bibliothécaire de Middle Temple Bar, nous analyserons et dégagerons les solutions du juge anglais tandis que nos amis MM. Charles Abbott et Frank Powell, avocats à la Suprême Cour à Londres, le premier devenu depuis juge à la Cour

1. Thèse Paris, 1887.

de Mombasa, nous introduiront à la Cour de justice (*Law Court*) et dans les cabinets d'avocats (*Chambers*). D'Edimbourg, de vieux et chers amis comme M. James Robertson Christie K. C. à la Cour Suprême d'Ecosse et Cunningham Sutherland, solicitor, nous donneront de précieuses indications sur les solutions du juge écossais. A tous nous adressons nos plus sincères remerciements ainsi qu'à MM. les Membres de la Commission de la Maison de l'Institut de France dont le directeur M. Cru, nous offrit une si parfaite hospitalité. Grâce à ces concours, nous avons pu étudier dans une seconde partie les solutions des juges anglais et écossais.

Il nous restera dans une troisième partie à faire la critique des systèmes de notre jurisprudence et à présenter un essai de solution, avant d'examiner si vraiment l'intervention du législateur est nécessaire.

PREMIÈRE PARTIE

La solution du juge français.

AVANT-PROPOS

Etat du droit antérieur au Code civil

Le Code civil est muet quant aux fiançailles et aux promesses de mariage. Ce dernier mot n'a trouvé qu'une très modeste hospitalité dans l'art. 340 lors de la modification de ce texte par la loi du 16 novembre 1912. C'était donc aux juges à résoudre le problème. Avant d'aborder l'étude des deux grands systèmes qui au début divisèrent la jurisprudence, demandons-nous quel était sur cette question, l'état du droit avant la Révolution.

NATURE JURIDIQUE ET OBJET DES FIANÇAILLES.

Pothier nous dit que les fiançailles constituent un contrat ayant pour objet le mariage (1). Depuis longtemps, grâce à une évolution lente et complexe au cours de laquelle de subtils arguments ont été invoqués par les légistes royaux, le juge royal connaît de la plupart des questions matrimoniales. En ce qui concerne les fiançailles, sans doute « en considération, dit Pothier, de ce que les fiançailles ont pour objet le mariage, et que le mariage, en tant qu'il soit élevé à la dignité de sacrement, renferme quelque chose de spirituel, nos rois ont bien voulu permettre que les juges d'église pussent aussi connaître des fiançailles, pourvu qu'ils se bornent à connaître seulement de leur validité, ou invalidité, et non des dommages et intérêts qui résultent de leur inexécution » (2).

1. *Œuvres de Pothier*, t. III, art. VI, n° 49.

2. *Ibid.*, t. III, art. VI, n° 49, § 2.

Et encore, pour que le juge d'église puisse en connaître, faut-il qu'il s'agisse de promesses de mariage entre le fiancé et la fiancée. S'il s'agit d'une promesse souscrite par un père qui s'oblige à donner son fils ou sa fille à quelqu'un, un tel engagement n'a rien de spirituel et ne peut être poursuivi que devant le juge séculier (1).

Les promesses de mariage ne sont donc prises en considération par l'ancien droit que comme un contrat, et l'action née de leur rupture est de la compétence du juge séculier.

Bien plus, si le juge d'église a statué en reconnaissant la validité des fiançailles, il ne peut — c'est le seul pouvoir qui lui reste — que condamner la partie en faute à une pénitence consistant en une légère aumône ou en prières (2).

Sa décision quant à la validité des fiançailles n'engage en rien le juge séculier qui connaît de l'action en dommages intérêts. Celui-ci reste libre de dire si l'engagement est valable ou non (3).

En somme, au XVIII^e siècle, avant la Révolution, les fiançailles ont la valeur d'un contrat civil.

Si le contrat est établi, le juge royal, en cas d'inexécution, condamnera la partie récalcitrante à des dommages-intérêts. Le juge tiendra compte le plus ordinairement, comme éléments de préjudice, des dépenses faites et de la perte de temps.

Exceptionnellement, il pourra tenir compte du dommage moral lorsqu'il y a lieu de craindre que la rupture nuise à l'établissement de la partie délaissée (4).

Le juge ne pouvait pas condamner les parties à exécuter la promesse, cela va de soi. Mais il ne pouvait même pas leur donner l'alternative d'exécuter la promesse ou de payer des dommages-intérêts.

1. *Œuvres de Pothier*, t. III, art. VI, n° 49, § 3.

2. *Ibid.*, t. III, art. VI, n° 50.

3. *Ibid.*, t. III, art. VI, n° 53.

4. *Ibid.*, t. III, art. VI, n° 53.

Un arrêt du 10 mars 1713, cité par Pothier (1) a défendu au juge d'ajouter à la condamnation au paiement d'une somme d'argent, la formule « si micux n'aime épouser » ; l'arrêt a jugé cette alternative indécente, et susceptible de « blesser la liberté des mariages ». Nous reviendrons sur cette considération qui sera reprise par la jurisprudence moderne qui en tirera des conséquences beaucoup plus radicales, mais constatons en passant que cette idée de sauvegarder la liberté des mariages trouve sa source dans l'ancien droit.

PREUVE DU CONTRAT.

En cas de rupture, c'est naturellement à celui qui prétend se prévaloir du contrat qu'il appartient d'en établir l'existence. Et si le défendeur dénie sa Promesse, comment le demandeur va-t-il pouvoir en administrer la preuve ? C'est la déclaration du 26 novembre 1639 qui répond à cette question quant au mode de preuve admis, en défendant « à tous juges même ceux d'église de recevoir la preuve par témoins des promesses de mariage, autrement que par écrit qui soit arrêté en présence de quatre proches parents de l'une et de l'autre partie, encore qu'elles soient de basses conditions ». Et Pothier qui cite cette disposition (2) remarque qu'elle est « conforme à l'ordonnance de Moulins, qui a défendu la preuve testimoniale de toutes choses excédant cent livres, dont les parties ont pu se procurer une preuve par écrit ». Elle ne fait donc que préciser le droit et la jurisprudence antérieurs. Ainsi, on le voit, ce que l'ancien droit a voulu sanctionner, ce ne sont pas des promesses de mariage faites à la légère. En imposant ce mode de preuve, il a voulu entourer la Promesse d'une certaine solennité et d'une certaine publicité attirant l'attention de ceux qui la poursuivent sur la gravité

1. *Ibid.*, III, t. III, art. VI, n° 54.

2. *Ibid.*, t. III, art. VI, n° 50.

de leurs engagements. Nous retrouverons des dispositions assez analogues dans le nouveau Code de droit canonique de 1917.

CAPACITÉ DES PARTIES.

En ce qui concerne la *capacité des Parties*, il est à peine besoin de souligner qu'avec son caractère très paternaliste, l'ancien droit exigeait naturellement l'autorisation des parents ou tuteurs. Et cette même autorisation est encore nécessaire lorsque les fiancés mineurs veulent d'un même accord rompre le lien qui les unit (1).

DES FINS DE NON RECEVOIR.

En ce qui concerne les fins de non recevoir que l'on peut opposer à l'action fondée sur une rupture de la promesse, il semble que l'on puisse les grouper sous quatre chefs principaux :

1^o Si l'une des parties a manqué à sa foi, soit qu'elle ait commis une fornication, soit qu'elle ait contracté mariage ou même de simples fiançailles avec une autre personne, elle n'est évidemment pas recevable à agir contre l'autre partie qui se trouve par ce fait même dégagée ;

2^o Elle se trouve encore dégagée lorsqu'il survient après les fiançailles un événement qui modifie les conditions de l'union de telle façon que, si elle l'eut prévu, la partie qui abandonne n'aurait certainement pas contracté.

Ces modifications peuvent toucher la personne même d'un des fiancés. C'est ainsi que Pothier cite le cas de mutilations ou de maladies graves, (paralysie, épilepsie ou lèpre) ou encore de condamnation à une peine infamante.

Enfin, Pothier cite le cas de rapt. Quand bien même le rapt de la fiancée se serait produit contre la volonté de celle-ci, c'est là une fin de non recevoir à une action ultérieure qu'elle pouvait intenter.

1. *Œuvres de Pothier*, t. III, art. VII, n^o 56,

Elles peuvent aussi toucher le patrimoine d'un des fiancés si des avantages pécuniaires entraient en considération.

Ces modifications peuvent enfin toucher la personne même du défendeur, modifications qui, s'il les avait prévues l'auraient empêché de s'engager, telle qu'une infirmité qui le rendrait inapte à gagner sa vie.

Enfin, Pothier se demande inversement si dans le cas où est survenu au défendeur entre les fiançailles et l'époque du mariage projeté une fortune telle que l'égalité des conditions entre les fiancés se trouve rompue, le défendeur peut se considérer comme libéré et opposer cette circonstance comme fin de non-recevoir à une action. Cette conception serait bien conforme à l'esprit de l'ancien régime où l'on tenait le plus grand compte, et non peut-être toujours sans raison, d'une certaine égalité de condition sociale et d'éducation. Et nous serons moins surpris que Pothier de que certains auteurs aient pu le soutenir. Néanmoins, le grand jurisconsulte s'élève avec raison contre cette conception, puisque le défendeur se trouve plus à même de subvenir aux charges du ménage. Et d'ailleurs un changement dans la condition de fortune d'un des époux n'a pas pour conséquence une modification immédiate, non seulement de sa condition sociale, mais surtout de ces habitudes dues à l'éducation et aux idées reçues qui concourent toutes à assurer le bonheur de la vie à deux, lorsqu'elles sont à peu près identiques chez les deux époux.

Tel était dans l'ensemble l'état du droit avant la Révolution.

CHAPITRE I

La théorie du contrat

La jurisprudence, nous le verrons, ne sanctionne pas par une action née du contrat les promesses de mariage.

Pourtant, dira-t-on, le silence du Code ne saurait avoir pour effet d'empêcher le juge de condamner tout au moins à des dommages-intérêts la partie qui rompt sa promesse de mariage. Le juge n'a qu'à s'en référer aux principes généraux du droit en matière de contrat.

Et tout d'abord n'est-il pas licite de s'engager à contracter mariage ? Est-il besoin de rappeler les dispositions générales et formelles de l'art. 1134 de notre Code, posant le principe de la liberté des conventions ? Le juge ne doit-il pas, en vertu du même texte et aux termes de l'art. 1156 du Code civil, interpréter le contrat comme il interprète la loi ? Et pourquoi les promesses de mariage n'engendreraient-elles pas une obligation sanctionnée par une action ? Sans doute s'agit-il d'une obligation de faire dont l'exécution forcée est physiquement et moralement impossible ; le juge condamnera le défendeur convaincu d'avoir manqué à cette promesse à des dommages-intérêts en fondant sa décision sur l'art. 1142 du Code civil :

« Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur ».

Au lendemain de la rédaction du Code civil et jusqu'en 1835 environ, une partie de la Doctrine et de la Jurisprudence s'était ralliée avec plus ou moins de netteté à ce système. Avant d'étudier la thèse contraire qui n'accorde

aucune valeur contractuelle aux promesses de mariage, nous exposerons d'abord ce premier système.

LA THÉORIE CONTRACTUELLE DES PROMESSES DE MARIAGE.

Cette théorie qui considère la promesse de mariage comme un contrat engendrant une obligation de faire qui se résout, en cas d'inexécution, en dommages-intérêts, apparaît tout d'abord, non seulement comme simple, logique et équitable, mais encore comme répondant sans doute à la pensée même des rédacteurs du Code. Ce n'est pas par oubli en effet comme on le pense bien, que ceux-ci n'ont pas cru devoir apporter au problème une solution de texte spéciale. Les promesses de mariage sont venues sur le tapis précisément au moment de la discussion de l'art. 340 dans la séance du 17 novembre 1881. Il semble bien que les rédacteurs du Code s'en référaient sur ce point aux solutions admises par l'ancien droit dont ils étaient tous imprégnés, lequel, nous l'avons vu, accordait précisément à nos promesses la valeur d'une obligation de faire susceptible d'exécution indirecte par des dommages-intérêts.

Aussi bien les promesses de mariage ne présentent-elles pas, dès lors qu'elles sont réciproques, tous les caractères d'un contrat normal ?

C'est sans aucun doute un accord de volonté, ayant pour objet le mariage. Comme dans les contrats synallagmatiques, l'obligation de l'un des contractants a pour cause l'exécution par l'autre de sa prestation. Si donc les parties sont capables, et nous aurons à revenir sur ce point délicat, ne sommes-nous pas en présence d'un contrat parfait ?

Ce fut là d'ailleurs l'opinion de commentateurs célèbres du Code civil. Toullier, devant le silence de la loi, estime tout naturellement que « ces questions doivent être décidées suivant les principes généraux du droit. Or toute obligation de faire se résout en dommages-intérêts en cas d'inexécution (art. 1142) » (1). Et le savant jurisconsulte ne

1. Toullier, *Droit civil français*, t. VI, liv. III ; t. III, Des contrats, ch. 3, de l'effet des obligations, p. 322, § 300.

voit pas comment on pourrait, sans une exception expressément formulée par la loi, exclure les promesses de mariage des contrats emportant obligation de faire, en présence des expressions du Code, « toute obligation de faire » les plus générales et les plus étendues que l'on puisse employer » (1).

Merlin, avec non moins d'énergie, reprend la thèse de Toullier et s'indigne qu'on puisse soutenir le contraire : « Oserait-on bien, écrit-il, mettre en thèse que les promesses de mariage sont réprouvées par le Code civil ? Oserait-on bien tirer du silence du Code civil sur ces promesses une autre conséquence si ce n'est qu'il ne les assujettit pas à des règles sociales et qu'il les laisse sous l'empire du droit commun des contrats ? »

Ainsi se présente, avec une logique que des adversaires, comme Laurent, sont les premiers à reconnaître la thèse selon laquelle les promesses de mariage ou les fiançailles sont de nature contractuelle et soumises comme telles à l'empire des principes généraux du droit en la matière. La même opinion fut soutenue par Chardon (2).

Toute une jurisprudence commençait à se fonder sur ce système. La Cour de Colmar dans un arrêt *Bourquadi c. Erhard* le 29 juillet 1806 (3) citait l'art. 1142 et fondait ainsi sa décision sur la loi du contrat.

Et la Cour de Trèves, dans un arrêt du 3 février 1808, pose le principe d'une façon si claire et si précise que nous jugeons utile de faire passer le texte même de la décision sous les yeux du lecteur :

« Considérant, dit la Cour, que le mariage n'est que l'accomplissement d'une promesse préexistante de célébrer le mariage d'après les formalités prescrites par la loi; que cette convention préliminaire, qu'on l'appelle fiançailles ou promesse de mariage existe sous le Code civil aussi bien qu'elle existait dans les anciennes lois et doit

1. Toullier, *ibid.*

2. Chardon, *Traité du vol et de la fraude*, II, p. 104.

3. S., an XIII 1808, II. 160.

produire les mêmes effets, puisqu'elle forme un contrat synallagmatique qui contient l'engagement de faire et qui entre dès lors dans l'application de l'art. 1142 dudit code dont la disposition générale renferme la chose, quoique le mot fiançailles ou promesse de mariage n'y soit pas exprimé (1). »

C'est bien la pensée de Toullier très exactement exprimée par la jurisprudence.

La même opinion sur la nature juridique des promesses de mariage fut affirmée par un arrêt de la Cour de Toulouse dans une affaire *Fabarou c. Danon* du 16 février 1813 (2).

« Attendu que les fiançailles sont un contrat synallagmatique formant un engagement réciproque entre les parties contractantes d'accomplir la promesse de mariage d'où naît une action que chacune des parties a contre l'autre pour l'obliger à l'accomplissement de ladite promesse, mais que la nature d'un pareil engagement se résout nécessairement en une obligation en dommages-intérêts de la part de celle des parties qui se refuse à l'exécution de sa promesse conformément aux anciens principes consacrés de nouveau par le Code civil dans les articles 1142 et 1145. »

Comme on le voit, la Cour de Toulouse, qui devait défendre plus tard avec énergie la thèse contractuelle invoquée à la fois les textes du Code et les anciens principes.

Dans le même sens on pourrait encore citer d'autres décisions tout aussi formelles bien que moins solidement motivées, notamment un arrêt de Colmar du 28 janvier 1812 (D. Rep., v^o *Mariage*, sous n^o 83, p. 179), et un arrêt de la Cour de Nîmes du 7 août 1806 (*id.*):

Et enfin la Cour de cassation elle-même, dans un arrêt du 17 août 1814, semblait consacrer cette théorie (3). Un sieur d'Aubignac avait saisi le Tribunal civil d'Alais d'une de-

1. D. rep., v^o *mariage*, note 1, sous n^o 83, arrêt *Theysson c. Dell Schmitt*.

2. D. Rep., *eod.*, v^o, sous n^o 83, note 3.

3. D. Rep. *eod.*, v^o, sous n^o 82.

mande en mainlevée d'une opposition formée contre son mariage par une demoiselle Aldebert qu'il avait rendue mère après lui avoir promis le mariage. Cette demoiselle forma une demande reconventionnelle en dommages-intérêts pour rupture de promesse de mariage ; le Tribunal faisant droit à cette demande, condamna le sieur d'Aubignac à payer à la demanderesse 25.000 fr. de dommages-intérêts, et le jugement fut confirmé par la Cour de Nîmes qui porta l'indemnité à 40.000 fr. Le sieur d'Aubignac s'était pourvu en cassation contre cet arrêt, soutenant, entre autres choses, que les promesses de mariage sont nulles comme contraires à la liberté du mariage, thèse que nous allons exposer plus loin. La Cour rejeta le pourvoi avec ce motif que : « ce n'est pas sur des motifs pris de la paternité alléguée que l'arrêt s'est fondé pour adjuger les dommages-intérêts à la demoiselle Aldebert mais bien sur le *préjudice qui est résulté pour elle de la non-exécution, de la part du réclamant, de leurs conventions respectives...* ».

Ainsi des auteurs considérables et un mouvement de jurisprudence que paraissait consacrer la Cour Suprême se fondant sur des arguments d'une logique et d'une clarté incontestables répondaient à notre première question sur la nature juridique des promesses de mariage : « C'est un contrat engendrant une obligation de faire, laquelle est sanctionnée par une action en dommages-intérêts conformément aux dispositions de l'art. 1142 du Code civil. »

CHAPITRE II

La théorie de la nullité des promesses de mariage

Cependant certains arrêts commençaient à fonder leur décision à la fois sur l'art. 1142 et sur l'art. 1382 du Code civil :

« Attendu, disait la Cour de Metz, dans un arrêt du 18 juin 1818, que les art. 1142 et 1382 disposent que toute obligation de faire ou de ne pas faire est résoluble en dommages-intérêts et que le fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par lequel il arrive à le réparer, etc... » (1).

La thèse contractuelle est sérieusement battue en brèche et la Cour de Bastia dans un arrêt du 3 février 1834 constate que deux théories sont en présence et que la jurisprudence n'est pas encore fixée :

« Attendu, dit la Cour, que, malgré que la jurisprudence ne soit pas encore fixée sur le point de savoir si, d'après le Code civil, une promesse de mariage est nulle de plein droit comme contraire aux bonnes mœurs et à la liberté des mariages, ou si elle est licite et valable ainsi que le soutient Toullier et l'ont décidé plusieurs Cours du royaume... » (2).

La jurisprudence n'allait pas tarder à se fixer définitivement en rejetant la thèse de Toullier et en proclamant la nullité des promesses de mariage.

1. D. R., V^o *Mariage*, n^o 83.

2. S., 1834.2.311.

LA THÉORIE DE LA NULLITÉ DES PROMESSES DE MARIAGE.

Sans doute, observèrent certains auteurs, rien ne paraît dans le Code, exclure les promesses de mariage des contrats entraînant une obligation de faire. Sans doute, les conventions sont libres et l'art. 1135 invoqué par Toullier le proclame, mais sous la réserve expresse, posée par l'art. 6 du même Code, qu'il ne s'agisse pas d'une convention contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs.

Or, il est un principe qui, s'il n'est pas exprimé dans le Code, est universellement proclamé et par le droit romain et par le droit naturel : c'est le principe que les mariages doivent être libres. C'est cette préoccupation qui a conduit le législateur à faire du mariage un contrat solennel, afin que les époux réfléchissent à la gravité de l'engagement qu'ils vont prendre. Tant qu'ils n'ont pas prononcé le « oui » sacramentel, fatidique devant l'officier de l'état civil, tant que ce dernier ne les a pas déclarés « au nom de la loi » unis par le mariage, il n'y a rien de fait et ils doivent être absolument libres de refuser ; or, si l'on donne force obligatoire aux promesses de mariage, les jeunes gens ne seront plus vraiment libres, puisque, si on ne peut les contraindre directement à l'exécution de leur promesse, ils seront menacés d'une action en dommages-intérêts qui sera souvent rendue plus rigoureuse par la stipulation d'une clause pénale que le juge, aux termes de l'art. 1152 du Code civil, ne pourra même pas modifier. Ainsi on arriverait par des conventions particulières à violer impunément ce principe de morale et d'ordre public qu'est la liberté du mariage. Le Code ne le permet pas. Si les partisans de la thèse contractuelle des promesses de mariage invoquent les principes généraux de la liberté des conventions exprimés par les art. 1134 et 1142, c'est au nom d'un principe de moralité et d'ordre public, principe tout aussi général exprimé par l'art. 6 du Code civil que la majorité des auteurs et la jurisprudence vont déclarer nulles et de nul effet les promesses de mariage.

La Cour de cassation qui, nous l'avons vu, paraissait tout d'abord, par un arrêt de sa Chambre des requêtes du 17 août 1814 (1), consacrer au moins implicitement le premier système, rendait le 21 décembre de la même année, un second arrêt qui statuait cette fois dans un sens tout à fait différent.

Le procès se présentait d'une façon très simple. Un sieur Dévérité et une demoiselle Barbier avaient souscrit une promesse de mariage en stipulant un dédit de 6.000 fr. La demoiselle s'étant, sans motifs légitimes, refusée à exécuter sa promesse, le fiancé délaissé l'assigna devant le Tribunal civil qui la condamna à payer la somme fixée en cas de dédit.

La demoiselle fit appel et la Cour d'Amiens réforma le jugement par des motifs qui résument assez bien la thèse de la nullité des promesses de mariage et que nous citons :

« Attendu, disait la Cour, qu'il est de l'essence du mariage qu'il soit l'ouvrage de la *volonté parfaitement libre des parties* au moment où le contrat est formé, et qu'il ne serait pas certain aux yeux de la loi que le contrat a été le produit de la volonté actuelle et *parfaitement libre* des parties, si elles pouvaient être gênées, enchaînées et entravées par l'effet de stipulations pénales antérieures, d'où il suit que de telles stipulations sont nécessairement et essentiellement nulles (2). »

Le lecteur n'aura pas manqué de souligner avec nous l'instance de la Cour à proclamer que le respect de la liberté du mariage implique une volonté « *actuelle et parfaitement libre* ».

Bien entendu, pourvoi en Cassation s'en suit pour violation et fausse interprétation des art. 1134 et 1142 du Code civil. Que va dire la Cour Suprême ? Elle va rejeter le pourvoi.

La Cour d'Amiens n'a pas violé les art. 1134 et 1142, car ces articles se réfèrent « *uniquement aux conventions*

1. D. R. V^o *Mariage*, sous n^o 82.

2. D. Rep. V^o *Mariage*, sous n^o 90.

lécales et qui n'ont rien de contraire aux bonnes mœurs ni à l'ordre public ».

La Cour d'Amiens, en rejetant la demande du sieur Devérité, n'a fait qu'appliquer les art. 1132 et 1133 qui, on le sait, déclarent nulle l'obligation ayant une cause illicite, c'est-à-dire prohibée par la loi, ou contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs.

Et comme l'art. 1227 dispose que la « nullité de l'obligation principale entraîne celle de la clause pénale », il s'en suit que la Cour d'Amiens a bien jugé en rejetant la demande de dommages-intérêts.

Une convention de ce genre, ajoute la Cour de cassation, ne saurait « servir de base à une action en dommages-intérêts que dans le cas où un dommage a véritablement été souffert par la partie réclamante ; ce qui ne paraît pas avoir été justifié ni allégué dans l'espèce ».

Ce n'était pas la première fois que la jurisprudence se plaçait sur ce terrain, et déjà la Cour de Lyon, le 18 décembre 1810 et la Cour de Besançon, le 8 mai 1811 rejetaient des actions en dommages-intérêts pour rupture de promesse en se fondant sur la liberté des mariages. L'art. 1142 n'est pas applicable, disait la Cour de Besançon au contrat de mariage pour lequel une « *liberté spéciale* » est nécessaire (1).

Ce dernier arrêt n'en condamnait pas moins le défendeur à indemniser le demandeur des frais de préparatifs et de cadeaux exposés en vue du mariage.

Nous retiendrons cette expression très heureuse de la Cour de Besançon ; elle juge dans une certaine mesure la portée du problème dont nous essayons de dénouer les écheveaux...

D'autres Cours au contraire maintenaient avec énergie leur position en battant en brèche la thèse de la nullité par des arrêts fortement charpentés et solidement motivés.

C'est ainsi que la Cour de Toulouse rendait le 8 mars

1. D. R. V^o *Mariage*, sous n^o 82.

1827 dans une affaire *Regagnon c. Castex* (1), un arrêt qui soulignait qu'une promesse de mariage est un « contrat bilatéral », et « qu'aucune des deux parties ne peut rompre les obligations qu'elle a contractées sans s'exposer aux dommages-intérêts qui sont la suite de l'inexécution ».

Et la Cour, abordant de front l'objection tirée du principe de la liberté des mariages ajoute :

« que c'est en vain que l'on prétend que la célébration du mariage devant être l'effet d'une libre volonté, ce serait aller contre l'indépendance que le législateur et la morale ont établie à cet égard que de prononcer des peines contre celui qui refuse d'exécuter sa promesse, car la liberté était entière avant le contrat de mariage ; ce contrat a été l'effet de la volonté ; et, si ensuite, par caprice ou par mauvaise foi, on refuse de l'exécuter, comme ce n'est là qu'une obligation ou une promesse de faire, elle se résout en dommages-intérêts ; ainsi le préjudice causé est réparé et la liberté des futurs époux devient entière pour contracter un autre engagement ».

La même année, la Cour de Nîmes rendait une décision inspirée de principes tout à fait différents :

Après avoir gravement observé, et avec raison, que :

« Le mariage est de tous les actes celui qui impose aux contractants les plus importantes obligations, celui qui les soumet aux conséquences les plus graves puisque... il fixe à jamais le sort des époux par un lien qui a été déclaré indissoluble », la Cour proclame que « la raison, les bonnes mœurs et la loi doivent plus que jamais exiger que le libre consentement des parties, voulu pour la validité de tous les contrats, soit surtout garanti aux futurs époux jusqu'au moment où ils vont engager tout leur avenir. » Or il n'en serait pas ainsi si les promesses de mariage assorties de clause pénale étaient reconnues par les Tribunaux comme ayant force obligatoire, car alors, poursuit la Cour « la crainte de ces peines et l'impossibilité de remplir les engagements pécuniaires qu'elles détermineraient pourraient arracher à des parties un consentement, etc... » (2).

1. D. R., *eod.* V., sous n° 83.

2. Nîmes, 29 nov. 1827, D. R., v. *Mariage*, p. 186, note 2, sous n° 90.

C'est la thèse de la nullité. Comme nous l'avons dit, jusqu'en 1835 environ, les Cours d'appel rendirent des arrêts qui tantôt reconnaissaient aux promesses de mariage un caractère contractuel et obligatoire, tantôt leur enlevaient toute valeur juridique.

Une intervention de la Cour Suprême s'imposait au milieu de cette lutte au sein de la jurisprudence.

Le 29 mai 1834 la Cour de Poitiers (1) affirmait avec autorité que « toute promesse de mariage est nulle en soi comme portant atteinte à la liberté illimitée qui doit régner dans les mariages et subsister jusqu'à la célébration d'un acte quasi-solennel... » ; la Cour de Montpellier, dans un arrêt rendu le 11 août 1836, dans une affaire *de Lavit c. Bessière*, n'en octroyait pas moins des dommages-intérêts à la fiancée délaissée en fondant son arrêt sur le respect des contrats.

C'est précisément au sujet de cette dernière affaire que la Cour de cassation eut l'occasion de rendre un des principaux arrêts de principe qui devaient mettre fin à la lutte et fixer définitivement la jurisprudence jusqu'à nos jours.

Déjà le 30 mai 1838 la Cour Suprême avait jugé que l'arrêt qui lui était déféré, en décidant que toute promesse est nulle en soi comme portant atteinte à la liberté illimitée qui doit exister dans les mariages, n'avait fait que proclamer un principe d'ordre public. Cette fois la Cour de cassation reprochait à la Cour de Montpellier d'avoir admis dans son arrêt une fin de non recevoir ayant pour objet de légitimer une obligation contraire à la liberté des mariages, aux bonnes mœurs et, en cassant la décision de la Cour royale, la Cour Suprême proclamait de plus fort que « le seul fait de l'inexécution d'un mariage projeté ne peut pas lui même motiver une condamnation à des dommages-intérêts puisque ce serait, sous une nouvelle forme, porter atteinte à la liberté du mariage » (2).

1. Poitiers, 29 mai 1834, S. 34.2.354.

2. Cass. 11 juin 1838. D. Jur. gén., *eod.*, V^o nos 90 ; S. 1838.1.492 et 494.

Et la Cour de renvoi, dans l'espèce celle de Nîmes, pouvait, à l'abri de la plus haute juridiction de France, proclamer à nouveau, comme elle l'avait déjà fait, que les promesses de mariage « ne constituent pas un lien de droit et ne sont pas obligatoires » (1).

Il est à peine besoin d'ajouter que la jurisprudence ne sanctionne pas les clauses pénales qui seraient stipulées par des fiancés. Une telle clause n'a de valeur qu'autant que la convention principale est elle-même valable. Il est arrivé parfois que les parties, pour tourner cette règle, ont souscrit une convention en apparence distincte de la promesse du mariage, dissimulant ainsi une véritable clause pénale. Toutes les fois que la simulation est démontrée, la jurisprudence considère ces actes comme nuls (2).

Tel fut le sort d'une convention intervenue entre un sieur de L... et une demoiselle Rosalie B... qui avait été servante de Monsieur de L... père, convention contenant d'une part une promesse de mariage et d'autre part une clause aux termes de laquelle « ladite Rosalie B... se constitue, avec tous ses biens présents et futurs comme dotaux, une somme de 10.000 fr. qu'elle avait devers elle, qu'elle a remis au sieur de L..., son futur, avant le présent numéraire, et laquelle ce dernier reconnaît avoir reçue et fait reconnaissance sur tous ses biens présents pour être restituée à qui de droit le cas échéant... » Et l'acte contenait à titre de sûreté réelle une constitution d'hypothèque sur des domaines du sieur de L...

Lors de la rupture de la promesse de mariage, de L... fut assigné, non seulement en dommages-intérêts, mais encore en remboursement de la somme de 10.000 frs. La Cour de cassation, nous l'avons vu, n'a pas hésité à y voir une clause pénale accessoire à une promesse de mariage, clause

1. Nîmes, 25 janvier 1839. S. 1839.2.177.

2. Montpellier, 11 août 1836, cassé par arrêt du 11 juin 1838 ; Douai, 3 décembre 1853, D.55.2.133, S.54.2.195 ; Cass., Ch. réunies, 7 mai 1836, D. Jur. Gén. V^o *Mariage*, n^o 90, S.36.1.574 ; Caen, 6 mars 1850, D.55.5.36.

pénale dissimulée sous les apparences d'un contrat de dépôt licite et obligatoire. La demande en remboursement de la demoiselle B... fut donc rejetée aussi bien que sa demande en dommages-intérêts pour la rupture.

En somme, les promesses de mariage ne constituent pas une obligation civile sanctionnée par une action. Sont-elles pour autant dépourvues de toute efficacité juridique ?

Ne pourrait-on pas cependant les considérer comme rentrant dans le cadre des obligations naturelles ?

Evidemment non. Et tout d'abord la doctrine classique est d'accord avec la jurisprudence pour affirmer que, lorsque la nullité d'un contrat repose sur des considérations d'ordre public, il ne saurait subsister d'obligation naturelle à la charge du débiteur (1). Or, c'est bien en raison d'un principe d'ordre public, la liberté des mariages, que la jurisprudence a déclaré nulle de telles conventions. Il faut donc en conclure que nous nous trouvons ici nettement en dehors de la sphère d'application de la théorie de l'obligation naturelle, si élargie qu'elle ait pu être par la jurisprudence. Il faudrait donc admettre que dans le cas où une clause pénale aurait été stipulée en cas de dédit, le solvens pourrait agir en répétition de l'indu.

1. Caen, 18 janv. 1888, S. 90.2.97 ; Colin et Capitant. *Cours élémentaire de droit civil français*, 7^e éd. 1932, t. II, livre II, titre I, ch. I, p. 263, n^o 275.

CHAPITRE III

L'Action accordée par la jurisprudence sur le terrain quasi délictuel.

LA LUTTE ENTRE LES DEUX SYSTÈMES ET LA POSITION ACTUELLE DE LA JURISPRUDENCE FRANÇAISE.

Nous l'avons vu, en 1814 la question était loin d'être définitivement résolue et pendant la période de la Restauration nous assisterons à une lutte très vive où les deux thèses s'affronteront jusqu'à ce qu'un arrêt des chambres réunies ait enfin fixé la jurisprudence.

Certaines Cours se ménageaient une position de repli et, tout en déclarant valide la promesse de mariage, allouaient des indemnités en fondant en même temps leur décision sur une faute génératrice de responsabilité aux termes de l'art. 1382. Telle la Cour de Colmar, qui après avoir sanctionné sans réserve le caractère contractuel des promesses de mariage dans deux arrêts des 29 juillet 1806 et 28 janvier 1812, se contente dans un arrêt du 13 mai 1818 (1), de se référer aux solutions de l'ancien droit ; elle constate que le Code n'a pas statué « sur les dommages-intérêts à réclamer en cas de rupture des fiançailles, » et elle déclare qu'il y a lieu d'appliquer « le droit commun » c'est-à-dire l'art. 1382 qui oblige celui qui a causé un dommage par sa faute à le réparer.

1. D. R. V^o *Mariage*, n^o 83, note 3.

THÉORIE DE LA RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE
EN CAS DE RUPTURE DE PROMESSES DE MARIAGE.

Nous venons de voir les conséquences que la jurisprudence a tirées de la nullité des promesses de mariage.

1° Le fiancé délaissé ne saurait se prévaloir, pour obtenir des dommages-intérêts, du seul fait de la rupture de la promesse, puisque celle-ci ne crée pas un lien de droit et n'a pas force obligatoire.

2° Toute clause pénale accessoire à une promesse de mariage est nulle et de nul effet.

Logiquement il semble donc que la question soit résolue. Le droit ignore les promesses de mariage. Aucune réparation ne saurait être accordée pour leur inexécution.

Certains tribunaux en sont restés là et ont été, semble-t-il, parfaitement logiques.

Mais si nous lisons jusqu'au bout les arrêts cités plus haut et qui consacrent la thèse de la nullité, nous constatons que la jurisprudence donne d'une main ce qu'elle paraît refuser de l'autre. Rejetant l'art. 1142, mais s'armant de l'art. 1382, le Juge va faire droit à la demande en réparation introduite par le fiancé délaissé sous certaines conditions que nous allons étudier.

Ce système apparaît nettement dans les arrêts de la Cour Suprême :

« Attendu, disait la cour de Cassation, dans l'arrêt précité du 30 mai 1838, attendu que sans porter atteinte à ce principe, (à savoir la liberté illimitée des mariages,) l'inexécution de semblables promesses pouvait, dans certaines circonstances donner lieu à des actions en dommages intérêts lorsque cette inexécution avait causé un préjudice réel, parce que dans ce cas, l'action en dommages-intérêts ne prend pas sa source dans la validité de la promesse de mariage mais dans le fait du préjudice causé et dans l'obligation imposée par la loi à celui qui en est l'auteur de le réparer » (1).

1. S., 1838.1.492.

Sans doute, dit le juge, les promesses de mariage sont nulles et de nul effet, mais si le fait de leur rupture a lieu dans des circonstances qui constituent une faute de la part de celui qui rompt, et s'il en est résulté un dommage à la charge du fiancé délaissé, celui-ci peut en demander réparation dans les conditions fixées par les articles 1382 et 1383 du Code civil.

La jurisprudence est maintenant fixée unanimement en ce sens. Nous nous réservons plus loin de dire ce que nous pensons de cette théorie. Dans ce chapitre nous voulons seulement en faire l'étude objective. Voyons quelles sont les conditions dans lesquelles une action est possible.

Toutes les fois qu'une personne prétend obtenir des dommages-intérêts en vertu de l'article 1382, elle doit établir :

- 1° Un préjudice subi par elle, sans lequel son action serait évidemment irrecevable faute d'intérêt ;
- 2° Un fait générateur du dommage ;
- 3° Une faute à la charge de l'auteur du fait.

Etudions comment la Jurisprudence fait à notre matière l'application de ces trois conditions.

SECTION I. — Le fait générateur et la faute.

1° Il faut un fait générateur du dommage ; ce fait c'est la rupture de la promesse de mariage envisagée, non comme la violation d'un contrat, mais comme un simple fait ne pouvant entraîner par lui-même et par lui seul aucune conséquence juridique ;

2° Ce fait générateur du dommage ne donnera lieu à une action que s'il apparaît au juge comme constituant une faute à la charge de son auteur. Il faut donc que la rupture en question ait lieu dans des circonstances telles qu'une faute puisse être imputée au fiancé qui a rompu.

Et nous voici en présence du problème de la faute posé par l'article 1382 du Code civil. Alors que sur le terrain

contractuel, le seul fait de l'inexécution de l'engagement constitue le débiteur en faute et permet au créancier d'agir en responsabilité pour rupture de promesses, ici le fiancé abandonné doit établir à la charge de l'auteur de la rupture une faute, c'est-à-dire prouver que le préjudice a été causé « soit par méchanceté ou intention de nuire, soit par simple manquement aux précautions que la prudence doit inspirer à un homme diligent » (1). En un mot le seul fait que le débiteur n'a pas exécuté une obligation, autrement dit le seul fait de la rupture, ne pourrait pas le constituer en faute et le rendre responsable. C'est bien là l'opinion de la doctrine la plus récente. Dans le savant traité de droit civil rédigé sous la direction de MM. Planiol et Ripert, M. Esmein, il est vrai, semble tout d'abord placer dans la catégorie des fautes la simple rupture d'une promesse obligatoire et il vise tout spécialement la promesse de mariage ; il s'empresse toutefois de souligner qu'« il est nécessaire de relever une faute indépendante du fait de la rupture puisque la promesse n'est pas sanctionnée juridiquement comme telle » (2).

Telle est bien la théorie la plus pure construite par la jurisprudence, et la Chambre des requêtes dans un arrêt du 12 novembre 1901 (D. 1902.1.46) déclarait nettement que « si le seul fait de l'inexécution du mariage projeté ne peut *par lui-même* motiver une condamnation à des dommages-intérêts puisqu'une telle condamnation porterait une atteinte indirecte à la liberté de mariage, il en est autrement lorsque son inexécution est accompagnée de circonstances *indépendantes de la rupture elle-même* et constituant une faute dommageable ».

Cette jurisprudence que M. Josserand a sévèrement qualifiée d'« informe et de contradictoire » paraît pourtant tout à fait juridique. Mais il est intéressant de voir comment les Tribunaux et Cours d'appel qui se trouvent en présence de

1. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. II, n° 192.

2. MM. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de Droit civil français*, t. VI ; *Obligations*, par M. Paul Esmein, éd. 1930, n° 516.

situations concrètes ont pu respecter cette distinction théorique faite avec soin par la Cour Suprême entre la faute contractuelle dont il n'y a pas lieu de tenir compte et la faute délictuelle constituée par des circonstances « indépendantes de la rupture elle-même ».

Quelles seront en fait ces circonstances indépendantes ? La Cour de cassation, dans son arrêt de 1901 que nous venons de citer plus haut, relève comme faute un ensemble de faits destinés à laisser la demanderesse compter sur la réalisation du mariage projeté et propres à entretenir ses plus légitimes espérances ; dans l'espèce qui lui avait été soumise il y avait eu demande en mariage, les fiançailles avaient été arrêtées, la date du mariage fixée et modifiée à deux reprises.

La Cour reproche aussi au défendeur d'avoir concouru aux publications légales et d'avoir, l'avant-veille du mariage, envoyé un télégramme alléguant faussement qu'en raison de son état de santé, le mariage ne pourrait avoir lieu au jour fixé ; enfin après avoir accepté un rendez-vous avec la tante de la fiancée, le défendeur ne s'y rendit pas et se contenta de faire remettre une lettre par laquelle il reprenait sa parole.

Tous ces faits représentent aux yeux de la Cour Suprême au moins une imprudence constituant une faute. En général les tribunaux retiennent comme une faute le fait de laisser si on peut ainsi s'exprimer « trainer les choses en longueur » pour finir par une rupture brusque et brutale (1) après avoir laissé donner au projet une publicité allant jusqu'aux publications légales (2). La Cour de Rennes a même nettement posé le principe que le seul fait de faire faire ces publications constitue une faute génératrice de responsabilité civile.

D'autres arrêts maintiennent d'une manière catégorique la nécessité d'une circonstance indépendante constituant

1. Lyon, 5 fév. 1913, S. 1914.2.47.

2. Cas., 1901, précité ; Lyon, *id* ; Rennes, 18 juil. 1904, S. 1909.2.82.

une faute et dont il convient d'apporter la preuve. Parmi ces arrêts citons une décision très intéressante de la Cour de Dijon du 14 juin 1927 (G. P. 1927. 2. 408) : la Cour, après avoir rappelé le principe suivant lequel « la promesse de mariage n'est génératrice d'aucune obligation civile », décide que « son inexécution ne peut donner ouverture à dommages-intérêts que lorsque, aggravée d'une *faute indépendante* de la rupture elle-même et constituée par l'abus du droit que chacun conserve de mettre fin à des *pourparlers* de mariage, elle a causé un préjudice certain ».

En fait, il s'agissait d'une rupture survenue 15 jours après la promesse. Le sieur G... défendeur au procès s'était contenté, sans donner d'autre motif, de faire connaître « qu'il revenait sur sa décision ». Et la Cour de conclure que non seulement il n'y avait pas de préjudice certain, mais encore que G... n'avait pas abusé de son droit, donc n'avait pas commis de faute.

Certains arrêts vont plus loin et, par une tendance bien moderne, encore que tout à fait discutable, semblent faire peser sur l'auteur de la rupture une sorte de présomption de faute, du seul fait qu'il n'a pas tenu son engagement. Il faut, pour échapper à cette responsabilité, qu'il soit établi que la rupture se justifie par des motifs légitimes ou selon l'expression d'un arrêt de la Cour de Poitiers par « une juste cause » (Poitiers, 13 novembre 1922, G. P. 1923.1.31). On admet même qu'il suffit à la demanderesse d'établir qu'il n'y avait pas de motifs légitimes. La Cour de Poitiers, dans l'espèce, autorisait, avant dire droit, à prouver par enquête que : « L... a rompu sans motif légitime la promesse faite à la demoiselle B... » ; dans la réalité des choses, il a dû être facile à la demoiselle B... de faire venir des témoins qui, sous la foi du serment, ont déclaré qu'à leur connaissance L... n'avait aucune raison de rompre, et le défendeur aura dû dans sa contre-enquête faire la preuve contraire, c'est-à-dire établir qu'il y avait une juste cause de rupture. Si dans la forme de la procédure, la charge de la preuve pèse bien sur la demanderesse, en fait et au fond

c'est un acheminement vers une présomption et M. Esmein peut avec raison se demander si on n'aboutit pas ainsi à admettre indirectement la valeur juridique de la promesse de mariage.

C'est qu'en effet, cette fois le juge ne recherche plus des circonstances indépendantes de la rupture elle-même ; c'est du fait de cette rupture qu'il présume pour ainsi dire la faute.

A cet égard il faut retenir la formule équivoque d'un arrêt de la Cour de Lyon du 5 février 1913 déjà cité, qui n'hésite pas à décider que le manquement à la parole donnée constitue une faute, et qu'on ne peut reconnaître au défendeur le droit de manquer à sa promesse. A la vérité, si la Cour ne statuait pas sur une demande fondée sur l'art. 1382, c'est-à-dire fondée sur une faute quasi-délictuelle, et si elle ne relevait pas ailleurs d'autres fautes, on devrait ranger cet arrêt parmi les décisions sanctionnant la responsabilité contractuelle en matière de promesse de mariage.

Et il faut avouer que les dernières formules de la Cour Suprême sont peu nettes et marquent un retour à la jurisprudence du début du xix^e siècle. Dans un arrêt du 2 mars 1926 (D. H. 1926, p. 186), la Chambre civile si elle pose encore nettement le principe que « l'inexécution d'une promesse de mariage ne constitue pas une faute contractuelle », ajoute cette fois « que le refus de l'exécuter peut, suivant les circonstances *dégénérer* en un fait dommageable obligeant celui par la faute duquel il est arrivé à réparer le dommage causé »... Sans doute, en l'espèce, la Cour de cassation n'a pas hésité à casser l'arrêt de la Cour d'Amiens qui avait condamné le défendeur en se contentant de déclarer qu'il n'avait pas apporté la preuve que la rupture était justifiée. Sans doute, la Cour Suprême fait grief et avec raison à la Cour d'appel de n'avoir pas recherché si le défendeur avait commis une faute. Mais elle n'impose plus au juge l'obligation de trouver cette faute dans les circonstances indépendantes de la rupture elle-même ; ce sera bien le refus de tenir l'engagement qui, au gré des circons-

tances appréciées par les tribunaux, pourra dégénérer en faute. De là à admettre, comme la Cour d'Amiens, que tout refus non justifié dégénère en faute et à renverser le fardeau de la preuve, la tentation est grande.

SECTION 2. — Le préjudice ou la réparation du dommage.

Enfin, le demandeur doit établir l'existence d'un préjudice sans lequel il ne saurait prétendre avoir droit à une indemnité quelconque ; c'est l'application de la règle traditionnelle « Pas d'intérêt, pas d'action ».

La jurisprudence accorde tout d'abord des dommages-intérêts pour la réparation du préjudice *matériel*. Ce sera les dépenses faites pour la cérémonie du mariage, les frais de vêtements, de publication, de voyage, de mobilier, de location (1) tout cela va de soi.

Le juge tiendra compte aussi de l'abandon d'une profession antérieure (2) et spécialement après avoir fait participer la fiancée à une vie de luxe au-dessus de sa condition et dont la cessation s'est fait cruellement sentir (3). Même lorsque le demandeur n'obtient pas de réparation pour la rupture de promesses de mariage, une personne ayant donné gratuitement ses soins à un individu en vue d'arriver à l'épouser, ne sera pas sans recours. Et dans ce cas, un arrêt ingénieux rendu par la 1^{re} Chambre de la Cour de Dijon, lui octroie des dommages-intérêts sur le terrain quasi-contractuel de l'enrichissement sans cause et de l'action *de in rem verso* (4).

La jurisprudence ne s'en tient pas là. Elle tient compte du préjudice *moral*. Il va sans dire que lorsque la séduction

1. Nîmes, 25 janvier 1839, S. 1839.2.177 ; Toulouse 13 mai 1842, D. *Jur. gén.* V^o *Mariage*, n^o 89 ; Paris, 26 juin 1894, S. 1894.2.264 ; Lyon, 5 février 1913, G. P. 1913.1.473.

2. Dijon, 10 février 1892, S. 92.2.197 ; Lyon, 5 févr. 1913. Trib. civ. de Metz, 4 juin 1928, G. P. 1928.2.677.

3. Trib. civ. de Grenoble, 13 nov. 1928, G. P. 1929.1.197.

4. Dijon, 7 févr. 1928, G. P. 1928.1.501.

a été déterminée par des promesses de mariage, un tel préjudice apparaît comme certain et la jurisprudence en fait une application constante.

Mals le juge va plus loin ; deux arrêts notamment de la Cour de Nîmes (1) envisagent comme élément de préjudice le simple abandon qui rendra l'établissement plus difficile. Un arrêt de la Cour de Paris et un jugement du tribunal d'Auxerre (2) tiennent compte du ridicule jeté sur le fiancé éconduit. Le jugement déjà cité du tribunal de Grenoble fait entrer en ligne de compte « la désillusion, le trouble moral ».

Certains arrêts font état de tout cet ensemble de préjudices et une décision récente de la Cour de Paris du 4 juin 1927 vise à la fois « les frais inutiles du mariage qui n'a pas eu lieu, l'abandon par la jeune fille de sa situation de dactylographe, et les conséquences fâcheuses qu'ont eues pour sa santé les commentaires malveillants qui ont accompagné la rupture » (3).

Mais que décider dans le cas où, sur la foi de promesses de mariage formelles et répétées, une femme mariée abandonne son mari, ses enfants et qu'après le divorce le promettant refuse de l'épouser ! Sur le terrain contractuel, il n'est pas douteux qu'une telle promesse serait considérée comme ayant une condition illicite et que la nullité qui s'en suivrait, enlèverait à la « victime » toute possibilité d'obtenir une indemnité pour violation de la convention. Ne nous étonnons pas trop de voir le Tribunal de Bordeaux accorder dans ce cas 20.000 francs de dommages-intérêts à la femme délaissée. Après avoir souligné dans son jugement :

« Avec quelle ardeur et quelle constance le défendeur n'a cessé de faire luire aux yeux de sa maîtresse sa volonté d'unir leur existence, malgré les difficultés du moment

1. Nîmes, 17 mai 1882, S. 93.2 95 ; Nîmes, 2 janv. 1855, S. 55 2 38.

2. Paris, 25 févr. 1921, G. Tr. 1921.2.522 ; Trib. civ. d'Auxerre, 6 juill. 1922, G. Tr. 1923.2.44.

3. Paris, 4 juin 1927, G. P. 1927.2.457. Voir aussi *Tribunaux de Paix*, de Puylaurens, du 7 mai 1929, G. P. 1929.2.275.

faisant appel à son affection, à sa confiance, qui doivent demeurer inébranlables dans la réalisation du but à atteindre et toute la phraséologie amoureuse tendant à lui donner toute assurance en vue d'un mariage » (1).

Le jugement considère par ailleurs la situation inférieure de la femme, tant par sa condition sociale que par son instruction, et les circonstances où la rencontre s'est effectuée « dans la promiscuité d'une ambulance de guerre »; il estime, ce qui paraît bien dangereux pour la morale

« Qu'elle ne pouvait ne point se laisser circonvenir par une telle démonstration d'un amour sans cesse affirmé auquel elle a cru et qu'elle a partagé et conservé même après le déchirement de l'inévitable abandon ».

Nous n'avons pas, quant à nous, une confiance aussi grande dans un amour qui finit par se manifester par une action en dommages-intérêts.

Mais *quid* du préjudice ?

« Il serait, dit le Tribunal, contraire à la morale et à l'ordre public qu'un homme à l'abri par son âge de l'enthousiasme et de l'ignorance de la jeunesse puisse apporter le trouble dans un ménage paisible pendant la mobilisation du mari, le rompre, et puis, après la satisfaction d'une conquête facilitée par le prestige de sa situation, réléguer sans ressource et sans considération celle qu'il a leurrée de l'espoir d'être une épouse légitime avec les avantages de cette situation. »

Nous approuvons hautement et constatons une parenté évidente avec les motifs des décisions anglaises que nous analyserons plus loin. Ce ne sont plus là des réparations civiles mais en réalité une sorte de peine privée.

Bref, le Tribunal de Bordeaux considère comme un élément de préjudice appréciable en argent l'abandon du mari et des enfants.

Faut-il faire entrer dans le préjudice l'abandon d'un autre projet d'union ? Il semble que non.

1. Trib. civ. de Bordeaux, 12 déc. 1922, D. 1923.2.44.

C'est du moins ce qu'a décidé la Cour de cassation dans son arrêt du 30 mai 1838 (1).

Aussi bien le chiffre des dommages-intérêts est-il laissé à la complète appréciation du juge. Sans doute, théoriquement et si l'on suivait les errements de la doctrine et les prescriptions de la loi, le chiffre des dommages pourrait-il être déterminé par le *damnum emergens* et le *lucrum cessans*. Mais la jurisprudence, qui admet à bon droit la possibilité d'un préjudice moral, introduit dès lors des éléments d'appréciation qu'il est très difficile de chiffrer. Le juge tient compte de chaque situation et il est impossible de tirer des nombreux arrêts une règle générale d'appréciation.

Le chiffre de 20.000 fr. d'avant-guerre, alloué par le Tribunal de Bordeaux semble assez exceptionnel; l'abandon d'une situation incline les magistrats à se montrer plus large dans l'appréciation des dommages. C'est ainsi que le tribunal de Metz a alloué 12.000 fr. à une jeune fille qui avait quitté ses fonctions au bureau des Postes, en tenant compte de son traitement de 700 fr. par mois, du préjudice subi pour sa retraite et son avancement. De même, le tribunal de Grenoble dans un cas analogue alloue 10.000 fr. en y comprenant le préjudice moral et la désillusion. Mais la Cour de Paris par son arrêt du 4 juin 1927, visant tout espèce de préjudice et notamment l'abandon par la jeune fille de son poste de dactylographe municipale en vue du mariage, n'octroie que 3.000 fr. Il est vrai que dans ce dernier cas, la Cour a estimé que la responsabilité devait être partagée par moitié en raison de la faute commise par le père de la fiancée délaissée.

La Cour d'Angers par son arrêt du 5 mai 1925 a jugé que la somme de 2.500 fr. suffisait à réparer le préjudice matériel causé par « de nombreuses acquisitions dont plusieurs considérables... exclusivement en vue du mariage », et le préjudice moral dû à la rupture (2).

La Cour de Rennes, alors qu'un enfant était né au cours

1. Cass., 30 mai 1838, S. 38.1.492.

2. Angers, 2 mai 1925. G. P. 1925.2.175.

des fiançailles n'alloue à une jeune fille de 17 ans 1/2 qu'une somme de 1.500 fr. et à une autre dans les mêmes conditions une somme de 2.000 fr. (1). La Cour de Riom, en suite d'une rupture survenue quatre jours avant la date projetée pour la célébration du mariage, tout en constatant que la fiancée évincée n'établit pas de préjudice matériel, estime le dommage moral à la somme de 10.000 fr. (2).

M. le juge de paix de Puylaurens a arbitré à la modeste somme de 1.000 fr. le préjudice matériel consistant en de nombreux repas offerts au fiancé, en effets vestimentaires, et le préjudice moral subi par une jeune fille « délaissée et, comme telle, livrée à la malignité publique, et discréditée sans motif ».

Un procès assez original fut jugé le 18 juillet 1929 par le tribunal civil d'Epinal. Une jeune fille avait rompu ses fiançailles sans motifs sérieux. Le futur époux avait commandé pour garnir l'appartement réservé au jeune ménage un mobilier dont le prix atteignait le chiffre de 20.940 fr.

Il fut assigné en prise de livraison et en paiement de cette somme par le marchand de meubles. Il s'en rapporta à justice quant à la demande principale mais il assigna la fiancée et ses parents en intervention dans l'instance et en remboursement du prix, s'il venait à être condamné.

Le tribunal après avoir constaté que les meubles avaient été acquis en vue du mariage et que la promesse avait été rompue sans motifs légitimes condamna l'auteur de la rupture et ses parents à rembourser au fiancé délaissé la somme qu'il avait du payer au vendeur du mobilier.

SECTION 3. — La preuve.

En suivant la théorie construite par la jurisprudence il faut que le demandeur à l'action fasse la preuve du fait générateur du dommage, c'est-à-dire de la rupture de la pro-

1. Rennes, Arrêts du 2 février 1925, G. P. 1925.1.570 et G. P. 1925.2.27.
2. Riom, 12 juin 1934. D. H. 1934, p. 549.

messe et des circonstances constituant une faute dommageable.

La jurisprudence estime que le demandeur doit apporter la preuve de l'existence d'une promesse de mariage, et la Cour de cassation considère que « l'articulation porte à la fois sur un fait pur et simple et sur un fait juridique » ; aussi, en raison de cette complexité décide-t-elle qu'une telle demande « ne peut, vu l'importance du litige, être déclarée recevable qu'autant qu'il existe dans la cause un commencement de preuve par écrit ou que la demanderesse démontre qu'elle s'est trouvée dans l'impossibilité de se procurer un document de cette nature ».

Deux arrêts de la Chambre civile des 2 décembre 1907 et 10 février 1909 et un arrêt de la même Chambre du 3 décembre 1924 (1) ont consacré cette solution assez inattendue, comme nous le verrons plus loin.

Il a été jugé que peut être considérée comme constituant un commencement de preuve par écrit une plainte adressée au Parquet par le défendeur et dans laquelle il reconnaissait l'existence d'une promesse de mariage.

Bien entendu, la preuve des circonstances indépendantes de la rupture peut se faire par tous moyens. Et normalement par application des principes généraux consacrés par l'art. 1315, elle est à la charge du demandeur.

Mais nous avons vu que le plus souvent la jurisprudence tend à admettre que la faute consiste à rompre sans justes motifs, de sorte qu'en réalité c'est au défendeur pour se libérer, à établir qu'il avait des raisons légitimes de rompre ses fiançailles. C'est que nous avons souligné à propos d'un arrêt de la Cour de Poitiers du 13 nov. 1922 (2).

SECTION 4. — Exceptions et fins de non recevoir.

Pour repousser l'action, il suffit d'établir de justes motifs de rupture. C'est assez délicat. C'est ainsi que la Cour

1. Cass. civ., 2 déc. 1907, D. 1908.1.201 ; 10 fév. 1909, D. 1909.1.157 ; 3 déc. 1924, D. 1925.1.125. G. P. 1925.1.131.

2. Voir *supra*, section 1, G. P. 1923.1.31.

d'Angers (1) a jugé que de simples « appréhensions sur le caractère, les tendances des habitudes de la jeune fille » ne justifient pas une rupture.

Pas davantage des difficultés concernant le chiffre de la dot. Il aurait fallu, suivant un arrêt de la Cour de Paris (2) pour qu'il y ait là un juste motif de rupture que le défendeur eût présenté à la fiancée la constitution de dot « comme la condition essentielle de son consentement » ce qu'il n'avait pas fait dans l'espèce. Ces motifs semblent se concilier davantage avec une théorie contractuelle. Cela revient à dire qu'il eût fallu établir qu'il avait été victime d'une erreur substantielle ou encore que la constitution de dot constituait une condition suspensive du contrat. Seulement, suivant le même arrêt, le fait pour les parents d'avoir « négligé de s'expliquer ouvertement et catégoriquement avec le fiancé sur le chiffre de la dot » constitue une imprudence qui aboutit à un partage de responsabilité.

En revanche, le tribunal de Toulouse a jugé le 1^{er} février 1912 que la preuve de l'inconduite de la jeune fille justifiait une rupture de la part du promettant alors que primitivement il ignorait cette inconduite (3).

C'est aussi un juste motif de rupture selon les juges d'Aurillac que le refus du consentement des parents. Ces magistrats à tendance paternaliste ont décidé que le fiancé pouvait opposer cette fin de non recevoir alors même qu'il aurait exprimé son intention de passer outre si ce consentement lui était refusé, et alors même qu'une publication avait été faite à la mairie du domicile de la fiancée (4).

Les juges ont estimé que les parents de celle-ci avaient à se reprocher dans l'espèce qui leur était soumise d'avoir manqué de prévoyance en permettant de donner au projet de mariage une consécration officielle alors qu'ils connaissaient la résistance que ce projet rencontrait dans la famille du jeune homme.

1. Angers, 5 mai 1925, G. P. 1925.2.175.

2. Paris, 4 juin 1927, G. P. 1927.2.457.

3. Trib. civ. de Toulouse, 1^{er} févr. 1912 ; G. tr. 7 août 1912.

4. Trib. civ. d'Aurillac, 21 févr. 1912 ; *Le droit*, 23 avril 1912.

DEUXIÈME PARTIE

La solution des Juges Anglais et Ecossais.

AVANT-PROPOS

Dans une des salles d'audience de la King's Bench Division, un obligeant confrère nous avait réservé une place de choix pour suivre un de ces procès en *breach of promise of marriage* qui attirent toujours aux Law Courts, une foule de curieux, qui attendait non sans émotion la décision du jury :

— Messieurs dit le greffier de la Cour en se tournant vers les membres du Jury, un jury « spécial », s. v. p.,

— Etes-vous d'accord sur votre verdict ?

— Oui Monsieur.

— Vous déclarez-vous pour le demandeur ou pour le défendeur ?

— Pour le demandeur.

— Et à combien fixez-vous les dommages ?

— A 600 livres sterlings.

En écoutant ce verdict, qui consacrait le triomphe de Miss Reid dans son procès contre l'ancien capitaine Frank Gray, âgé de 63 ans, qui avait laissé sa fiancée dépasser son 36^e printemps sans se décider à exécuter sa promesse de mariage, on ne pouvait s'empêcher de sourire des incidents grotesques qui avaient marqué les débats de cette affaire plaidée à la division du Banc du Roi (*King's Bench Division*) devant Mr. Justice Hawke. ~

Et en franchissant la porte des Law Courts, on évoquait, tout naturellement, en dépit de la majesté de l'appareil judiciaire anglais, le tableau du fameux *Pickwick's trial* si magistralement brossé par Dickens dont le vieux secrétaire à la longue barbe blanche errait encore, dans le quartier du Temple parmi les *lawyers* en haut de forme ou per-

ruque qui vont et viennent de leurs *chambers* (1) aux salles d'audience.

Les affaires de *breach of promise*, si elles ne sont pas vues d'un œil aussi favorable par les juges, gardent un front populaire dans le public anglais.

Ce même jour, 12 juin 1928, tous les journaux de Londres commentaient plus ou moins longuement le procès. Le *Daily Telegraph* consacrait près d'une colonne au compte rendu des débats ; le *Sketch* offrait au public la photographie des parties et tout cela sous des titres plus ou moins marqués au coin de l'humour britannique : « billets doux à 60 ans » « L'amour à 60 ans »... « Roman de mer (*Sea romance*) », etc... Peu de gens en France se plaindraient à occuper ainsi l'opinion publique dans de telles conditions. Toutefois... si un pareil système de publicité existait chez nous pour ce genre de procès, des jeunes filles se croyant photogéniques hésiteraient-elles à jeter dans les mailles de cette procédure d'imprudents soupirants, et à donner leur portrait aux grands quotidiens, au même titre que Miss France ou autres vedettes, étoiles, et reines de beauté ?

Il y avait eu cette année-là, en 1928, environ 16 affaires de *breach of promise* : mais si l'opinion s'y intéresse, il va sans dire que les gentlemen du Temple vous soufflent du bout des lèvres que de tels procès ne se voient pas dans l'aristocratie, pas davantage d'ailleurs dans le monde ouvrier. Ces procès ont lieu généralement parmi la *middle class* qui ne représente pas exactement ce que nous entendons par classe moyenne en français ; cette *middle class*, écrit M. André Chevrillon (2), « s'ajoute au peuple ouvrier pour composer la grande masse anglaise : petite bourgeoisie commerçante, employés de bureau et boutiquiers, anciens élèves des *grammars schools* qui ont quitté l'école à 14 ans sans avoir jamais rêvé d'Eton, de Harrow (3) ni

1. On appelle ainsi les cabinets d'avocat.

2. Chevrillon, *Nouvelles études anglaises*, p. 47, 2^e éd.

3. Célèbres collègues aristocratiques d'Angleterre.

de l'université et tout de suite se sont mis à la tenue des livres, à l'addition des pences et des shillings. La bible, les journaux, les faits remarquables et simplifiés d'économie politique, de politique étrangère et coloniale, quelques statistiques, des brochures de propagande religieuse, des théories antialcooliques et végétariennes, d'honnêtes romans feuilletons pleins de détectives et de sentiments : voilà leur nourriture intellectuelle ».

S'il est vrai, en effet, que c'est la *middle class* qui tient le plus de place dans les annales de la Haute-Cour, il arrive aussi aux gentlemen d'être poursuivis en *breach of promise* : la célèbre et vieille affaire *Wiedeman c. Walpole* plaidée en 1891 en est un exemple.

Les Cours, disons-le, semblent se montrer moins favorables qu'autrefois à ce genre de procès, et notre ami et vénéré confrère James Robertson Christie, Kings Counsel à la Suprême Cour d'Ecosse, signalait des *cases* récents où des juges avaient fait quelques remarques caustiques sur la difficulté de fixer un prix d'argent pour réparer dûment un cœur brisé, et il ajoutait : « la tendance actuelle est plutôt de regarder avec défaveur (*to frown*) ce genre d'action ».

L'affaire que nous avons pu suivre pendant trois jours d'audience (!), l'intérêt que la presse y a apporté nous oblige à conclure que ce vœu de mon excellent ami n'est pas encore réalisé. Est-il souhaitable, aussi bien, de voir mettre un frein à ce genre de procès ? Cela nous amène, et c'est l'objet principal de ce modeste travail, à examiner le système juridique anglais.

Nous chercherons, en analysant les décisions des juges anglais, à dégager les solutions apportées par eux aux différents problèmes que pose notre matière : nous rattacherons ces solutions aux principes généraux et à l'esprit du droit anglais dans son ensemble.

CHAPITRE I

Le « contract to marry ».

SECTION 1. — Nature juridique des fiançailles ou promesses de mariage.

Adoptant à peu près la même solution que notre ancien droit, le juge anglais reconnaît aux promesses de mariage le caractère d'un contrat engendrant une obligation de faire, qui se résout, en cas d'inexécution, à une condamnation à des dommages-intérêts.

Aussi bien, le droit anglais en traite-t-il sous le nom de *Contract to marry*. « Un contrat de promesse de mariage, lit-on dans le grand répertoire des *Laws of England*, de Halsbury, peut être défini comme un contrat, une convention entre un homme et une femme par lequel ils se promettent mutuellement de s'épouser, la promesse de chacun d'eux étant la *considération* pour la promesse de l'autre (1). »

Il s'en suit que c'est un contrat synallagmatique et qu'une simple promesse unilatérale qui ne serait pas formellement acceptée par l'autre partie ne saurait engendrer une action. Il n'y aurait pas de contrat, faute de *consideration* (2).

A moins toutefois qu'une telle promesse n'ait été faite par acte scellé (*deed*), auquel cas la *consideration* n'est pas exigée par le droit anglais (3).

1. Halsbury, *The Laws of England*, 1^{re} éd., v^o Husband and wife, part. I, sect. I, n^o 490. Cf. *Veneall v. Veness*, 1865-4 F. et F. 344.

2. *Eversley on domestic relations*, chap. V ; Action for Breach of promise of marriage.

3. Stephen's, *Commentaries on the laws of England*, 19^e éd., vol. III, chap. 10, p. 137.

SECTION 2. — Forme du contrat et consentement.

C'est un contrat simple, c'est-à-dire qu'il n'est pas nécessaire de recourir à la rédaction d'un *deed*.

Mais on s'est demandé si le contrat de promesse de mariage ne tombait pas sous le coup du *Statute of frauds*. Ce célèbre statut, voté par le Parlement sous le règne de Charles II, était, comme son nom l'indique, destiné à prévenir les fraudes, mais on a pu dire avec humour, et non sans raison (1) qu'il a causé plus de fraudes qu'il n'en a empêchées. En effet, ce statut exige qu'un certain nombre de contrats ordinaires (appelés *simple contracts* par opposition aux *specialty contracts* qui doivent être coulés dans le moule du *deed*) soient rédigés par écrit ou en tout cas que quelques-unes des clauses du contrat soient écrites. Or, cette disposition permet à nombre de gens de se refuser à exécuter leur obligation et de reprendre leur parole sous prétexte qu'il n'y avait pas d'écrit.

Toujours est-il que parmi les contrats visés par le statut figurent les contrats « dont le mariage est la *consideration* ».

Et le statut dispose qu'aucune action ne naîtra d'un tel contrat s'il n'a été passé par écrit, ou tout au moins si l'on ne produit pas une note ou un mémoire écrit et signé par la partie qui s'oblige ou son fondé de pouvoir dûment autorisé (2).

Il semblerait donc logiquement et *à priori* que le *contract to marry* tombât sous le coup du statut. Tous les auteurs cependant sont d'accord pour affirmer que notre contrat échappe aux dispositions du statut et qu'il n'y a pas lieu pour intenter une action de produire un écrit.

1. Judge Ruegg, *An elementary Commentary of English Law*, chap. XIII, p. 121.

2. Judge Ruegg, *op. cit.*, p. 121 ; Stephen's, t. III, ch. I, sec. I, p. 138, texte complet. ; Halsbury, *ed.* v^o, n^o 491 ; cf. *Cork v. Baker*, 1717, 1 Stra., 34. ; *Harrison v. Cage*, 1698, 1 Ld., Raym. 386 ; Eversley, *op. cit.*, chap. 5.

A l'analyse, cette solution est parfaitement logique. La *consideration* dans notre matière, n'est pas en effet le mariage, mais seulement la promesse souscrite par l'autre partie, ainsi qu'il a été dit. C'est ainsi, nous semble-t-il, que l'on doit expliquer une règle qui pouvait surprendre au premier abord.

La forme du consentement est donc libre et l'accord, conformément aux dispositions ordinaires des contrats simples, peut se réaliser non seulement par des paroles (1), mais par ce que les Anglais appellent *conduct* et que nous traduirons par attitudes ou agissements. Le juge a là un large pouvoir d'appréciation de la volonté des parties.

Que celles-ci se soient comportées dans la Société de telle façon qu'on puisse les considérer comme fiancés, et le juge pourra en conclure à l'existence d'un *contract to marry*.

C'est la solution adoptée par le juge Pigot dans l'affaire *Hickey v. Campion* le 17 avril 1872 recueillie aux W. R., 1872, p. 752.

La plaignante, fille d'un fermier, était courtisée depuis 11 ans par Campion, fermier lui aussi ; ce dernier avait en 1865 juré sur le *prayer book* qu'il l'épouserait. En 1871, il n'hésita pas à renouveler sa promesse alors que le père combinait un autre mariage pour sa fille.

Celle-ci put seulement prouver qu'en décembre 1870 il l'avait accompagnée chez elle en portant ses vêtements et qu'une autre fois, à la foire de Freshford, dans un café, elle avait donné ses soins à Campion qui se trouvait malade ; à une remarque de la jeune fille, il avait répondu : « qui a plus de droit de me soigner que ma femme et vous savez, Kate, qu'aucune autre que vous ne sera jamais ma femme. » Le témoin, Thomas Niel, qui rapporta cette scène, déposa qu'en d'autres occasions ils lui avaient paru entretenir des rapports tendres : un autre témoin, une femme, déclara avoir vu souvent les parties et estimer qu'elles se

1. Stephen's, t. III, chap. 3, p. 35 et 42.

faisaient la cour et avaient une attitude de fiancés. Un sieur Hall, enfin, vint affirmer avoir vu les parties en termes très amicaux et rapporta notamment que Campion s'amusa à prendre par plaisanterie le porte-monnaie de la jeune fille.

Il n'en fallut pas plus pour que M. Justice Pigot en conclût que l'attitude, la conduite, la tenue des parties (*conduct, demeanour and behaviour of the parties*) constituaient une manifestation suffisante de leur consentement réciproque à une promesse de mariage et Campion fut condamné à payer £ 150, soit environ 3.750 fr. or d'avant-guerre.

Et dans son jugement, le juge ajoute cette observation pittoresque et humoristique, qu'il faut toujours considérer qu'il y a lieu d'exiger une preuve plus forte de la promesse faite par l'homme que de celle faite par la femme.

« La délicatesse et la modestie du sexe « aimable » défendant aux femmes, selon ce juge galant, d'exprimer plus explicitement les sentiments de leur cœur alors qu'il est au contraire à présumer qu'un homme manifeste sa pensée. »

Nous ne chicanerons pas le juge Pigot sur son jugement rédigé en 1872. Il est à présumer que, s'il avait eu à juger une pareille affaire en 1934, il se fût peut-être montré plus exigeant pour la preuve et eût sans doute quelque peu modifié son opinion sur la « modestie ou timidité » du sexe toujours aimable, mais certainement plus libre de nos jours, dans ses rapports avec le sexe présumé fort.

Aussi bien, les juges modernes semblent-ils se montrer plus discrets dans l'appréciation du consentement dans les procès. Notre ami Frank Powell, avocat au barreau de Londres, a plaidé un cas où cette évolution de jurisprudence en la matière est assez sensible. Cette affaire n'a pas été répertoriée à notre connaissance, mais nous avons pu consulter la décision. Une femme prétendait établir la promesse par la déposition d'un témoin, la femme de chambre de l'hôtel

où elle avait couché avec son amant. Celle-ci ayant pénétré dans la chambre au moment où les parties étaient au lit, le défendeur désignant son amie dit à la femme de chambre : « c'est ma fiancée ». Le juge n'estima pas que l'attitude, la conduite, la tenue des parties permettaient d'établir qu'ils étaient fiancés. Il jugea, au contraire, et avec raison à notre avis, qu'en pareil cas le défendeur avait cherché à donner de son attitude une explication qui sauvegardât leur réputation, mais qu'il n'avait pas exprimé sa véritable pensée. Et il rejeta la demande.

En résumé et sous réserves de la nécessité légale d'une *corroboration* que nous étudierons plus loin, la question du consentement est une question de pur fait laissée à l'appréciation du jury. Toutefois nous verrons comment, par une habileté juridique assez subtile, le juge parvient à faire de cette question une affaire de droit qu'il se réserve d'apprécier, même lorsque le jury a statué en fait : nous aurons à revoir de plus près cette matière du consentement lorsque nous ferons l'étude des preuves.

SECTION 3. — Objet et considération.

Il faut aussi, pour que le contrat soit valable, que ni son objet ni sa *consideration* ne soient contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs. La Morale, à ce point de vue, nous dit Stephen, est limitée aux rapports des sexes et aux obligations matrimoniales (1). Et à cet égard, la question a été posée de savoir qu'elle était la valeur d'une promesse souscrite par un homme encore tenu dans les liens du mariage ? Sa victime délaissée pourra-t-elle le poursuivre par une action en *breach of promise* ?

Ici, il y a lieu de faire une distinction. Si le demandeur connaissait, au moment où la promesse a été faite, la situation du défendeur, le contrat est frappé de nullité

1. *Commentaires* de Stephen, t. III, traduction par Mlle Mitchell. Giard, éd., 1931, ch. V, p. 81.

absolue comme contraire à l'ordre public. En conséquence pas d'action pour contraindre le promettant à exécuter sa promesse, après la mort de sa femme légitime (1). Il en a été ainsi jugé dans les affaires *Wilson v. Carnley* (2), *Prevost v. Wood* (3) et *Spiers v. Hunt* (4).

Si au contraire, le demandeur était de bonne foi et ignorerait que le promettant fût marié, ce dernier peut valablement être poursuivi par une action en *breach of promise*. Le fait de ne pas se marier en raison de la promesse jusqu'à la découverte de la fraude constitue pour le demandeur une *consideration* suffisante. La solution a été consacrée par des décisions de justice dans les affaires *Wild v. Harris* (5) et *Millward v. Littlewood* (6).

Certains de ces jugements présentent un intérêt réel et méritent d'être analysés. Aussi bien dans la forme que dans l'esprit, la décision du juge anglais, véritable source de droit — *The Bench gives the law to the Bar* — se révèle tout à fait différente de celle de nos magistrats continentaux et tout spécialement du magistrat français. Ce n'est pas sortir du sujet de cet ouvrage que de rappeler à quel point la situation faite au juge britannique, son recrutement, sa superbe indépendance, la centralisation de la justice expliquent et justifient ce rôle de premier plan. Et au moment où le Parlement, sous la pression d'une opinion publique mal éclairée, n'attache à la réforme judiciaire qu'un intérêt purement électoral ou fiscal, un parallèle entre le juge d'Outre-Manche et ses collègues français serait d'actualité et on en pourrait tirer d'utiles leçons. Un pouvoir judiciaire puissant est nécessaire à l'équilibre d'un Etat. L'éminent professeur de droit comparé qu'est M. Lévy-Ullmann a admirablement saisi et développé ce que j'appellerai le

1. Halsbury, *op. cit.*, *ead* v^o n^o 495.

2. 1908, I. K. B., 729, C. A.

3. 1905, 21, T. L. R., 684.

4. 1908, I. K. B., 720.

5. 1849, 7 C. B., 999.

6. 1850, 5 Exch., 775.

génie et la technique de la jurisprudence anglaise dans son récent et remarquable ouvrage sur « le système traditionnel de l'Angleterre ». Nous y renvoyons le lecteur ainsi qu'à la thèse de M. Emile Masson sur la Cour suprême d'Angleterre (1).

Sans sortir du cadre de cette étude, nous noterons au passage ce qui nous paraît spécialement original dans les décisions des juges anglais.

Dans l'affaire *Spiers v. Hunt* précitée, le défendeur, en 1889, alors âgé de 70 ans (!), promit à la demanderesse âgée de 31 ans de l'épouser à la mort de sa femme atteinte d'une maladie de cœur. Ils eurent même des relations intimes d'où naquirent 4 enfants dont il fut déclaré le père. Il est inutile d'ajouter que dans ces conditions la demanderesse savait parfaitement que Hunt était marié. En juillet 1907 la femme du défendeur mourut et le veuf mis en demeure d'exécuter sa promesse refusa. La demanderesse l'assigna donc en *breach of promise*. La rupture, est-il besoin de le dire, avait eu pour cause les discussions d'ordre pécuniaire relatives aux enfants nés du concubinage.

L'affaire vint aux assises de Leeds. On sait qu'il faut entendre par assises ces tournées que les juges de la Haute Cour effectuent dans un circuit déterminé à certaines époques de l'année. Ce caractère ambulatoire de la justice anglaise constitue, avec l'institution du juge unique, un de ses caractères originaux. C'est un compromis entre une justice trop centralisée à Londres et la justice locale dont les Anglais ont, non sans raison peut-être, une horreur profonde. Ces procès jugés aux Assises sont appelés *cases de nisi prius* (2). Et il nous faut noter ici un incident de procédure assez singulier. Le juge Phillimore saisi de l'affaire et se trouvant devant une question de droit assez délicate et méritant réflexion, préféra réserver sa décision et

1. Masson, *La Cour Suprême d'Angleterre*. Thèse, Paris.

2. Lévy-Ullmann, *Eléments d'Introduction générale à l'étude des sciences juridiques*. II. *Le système juridique de l'Angleterre*. T. I. *Le système traditionnel*, p. 119.

étudier l'affaire à son retour à Londres. Mais il n'en demanda pas moins au jury d'évaluer tout de suite le montant du dommage dans le cas où lui, juge, déclarerait par la suite l'action recevable en droit. Cette procédure est assez fréquente dans ces affaires jugées en « nisi prius ».

Le défendeur ne contestait ni l'existence de la promesse ni la rupture. Il se bornait à plaider la nullité de cette promesse comme contraire à l'ordre public.

Un trait original de ce jugement, c'est un hommage discret rendu au travail des avocats : « *I have been greatly assisted by the arguments of counsel on both sides..* » et ce trait marque combien les *barristers* (1) anglais sont vraiment des auxiliaires de la justice, et ce mot aimable adressé aux avocats des parties dans notre procès est un témoignage de ces relations familiales entre le Barreau et la Cour, relations si bien marquées par M. le Professeur Lévy-Ullmann dans son ouvrage précité (2).

Ceci dit, poursuivons l'analyse du jugement où Mr Justice Phillimore nous exprime son avis et le processus de sa pensée sans souci de construire un plan et des motifs dans la forme des attendus auxquels nous sommes habitués et qui d'ailleurs rendent nos décisions infiniment plus claires.

C'est que le juge anglais se contente de donner son avis oralement. Cette décision sténographiée est ensuite mise

1. *Barrister at law*, c'est le terme général qui désigne l'avocat, tandis que l'avoué est désigné sous le nom de *solicitor* dont le ministère touche aussi à celui de nos notaires.

2. Si le siège (*Bench*) donne le droit au barreau, le « Bar » donne des juges au *Bench*. On estime Outre-Manche, et nous pensons que c'est du simple bon sens, qu'un juge doit avoir au moins autant de science d'expérience et de pratique et de sens des affaires que les avocats qui plaident devant lui. Aussi nomme-t-on les juges parmi les *King's counsel* ayant acquis par leur talent et leur travail au bout de longues années de barreau un important cabinet. La dignité de juge est le couronnement envié d'une belle carrière d'avocat. Et les *Barristers* sont fiers de pouvoir exposer dans leur cabinet (*chambers*) le portrait d'un juge de la Cour avec un autographe ou une dédicace. Il est vrai que les « *Learned Judges* » de sa Majesté sont gratifiés d'un traitement annuel de £ 5.000 et complètement à l'abri, par leur indépendance et l'absence totale de hiérarchie ou d'avancement, de toute influence ou pression politique quelconque.

au net par des auxiliaires de la justice et les *solicitors* des parties.

La question que j'ai à résoudre est de savoir si ce contrat est un de ceux que la loi se prête à sanctionner. Les contrats interdits ou illégaux ne sont pas, bien entendu, sanctionnés par le droit : mais il existe aussi des contrats non illégaux ni interdits, que néanmoins le droit estime inopportun de sanctionner. La distinction est bien mise en évidence dans l'affaire *Missouri Steanship*, C^o 42, Ch. D. 321, en particulier dans le jugement de Fry L. J. Il suffirait pour le défendeur que ce contrat pût être rangé dans la catégorie de ceux que le droit juge inopportun de sanctionner. Lorsque des promesses de mariage ont été mutuellement échangées entre deux personnes, que l'une d'elles est mariée, et que ce fait n'est pas connu de l'autre partie, une action peut parfaitement être soutenue par la partie délaissée pour inexécution de la promesse, et cela, même si l'autre partie demeure mariée (comme ce fut le cas dans l'affaire *Wild v. Harris*, 7 C. B. 999, et dans l'affaire *Millward v. Littlewood*, 5 Ex. 775 et comme cela a été insinué dans le cas *Cavis v. Pryor*, 112 Fed. rép. 274, non sur cette base que le défendeur pouvait exécuter le contrat et a manqué de le faire, parce que le contrat ne pouvait pas avoir été exécuté avant que l'action soit intentée, mais sur le terrain de l'*estoppel* ou garantie de capacité (*warranty of capacity*).

Arrêtons notre attention sur cette première partie du jugement ; nous y voyons tout de suite un appel aux précédents, pièce maîtresse du système de la jurisprudence anglaise. Le juge pose nettement le principe que, dans le cas où la partie lésée ignorait le mariage de l'autre, une action est possible.

Nous dirons peu de choses de la distinction dégagée par Mr Justice Phillimore entre les contrats contraires au droit ou interdits par la loi et les contrats que le droit juge seulement inopportun de sanctionner. Le droit ici c'est la conscience du juge. Il n'existe pas dans les lois anglaises une disposition analogue à nos articles du Code civil annulant les conventions contraires à l'ordre public et aux

bonnes mœurs. C'est le juge qui en Angleterre a construit cette théorie. Ce sont les contrats qui offensent l'ordre public ou la morale auxquels le juge anglais estime inopportun de donner force obligatoire (1).

De plus nous voyons ici, en matière de promesse de mariage, une application intéressante de la théorie de l'*estoppel* dont il nous faut dire deux mots.

« La théorie de l'*estoppel*, nous dit Stephen au vol. III, p. 333 (19^e éd.) de ses commentaires, peut pour ce qui nous occupe être ainsi définie :

« Si une personne par ses paroles ou ses agissements (*by his words or conduct*) en amène une autre à faire un acte qui lui soit préjudiciable en supposant raisonnablement qu'un certain état de choses est vrai, cette première personne ne sera pas autorisée dans un litige subséquent à faire état du contraire. »

Cette théorie, ajoute Stephen, est une règle relative à la preuve (*evidence*) et non une partie substantielle du droit.

Dans notre espèce, un homme marié est dans l'impossibilité d'exécuter sa promesse, du moins tant que sa femme est vivante. Dans une telle hypothèse le contrat n'est-il pas inexistant ? Pourrait-on dans un pareil cas, condamner le défendeur pour n'avoir pas accompli sa promesse ? Il serait fondé à répondre que l'exécution de son obligation lui est impossible puisqu'il est déjà marié. Eh bien, précisément, avec le jeu de la théorie de l'*estoppel*, il n'est pas autorisé à faire état de son mariage pour éluder une action en dommages-intérêts. C'est donc sur une question d'admissibilité de la preuve que se basent les décisions citées par Phillimore. Vous m'avez fait souscrire à une promesse de mariage en me laissant croire à un certain état de chose, à savoir

1. Rapprocher de Planiol et Ripert, vol. VI, *Oblig.*, n° 228 : « Il y a des actes dont l'accomplissement n'entraîne pour leurs auteurs aucune sanction répressive, ni pénale ni civile, qui sont donc tolérés par le droit ; et cependant quand un engagement de les accomplir ou d'aider à leur accomplissement a été pris, le concours des tribunaux pour assurer ou sanctionner l'exécution est refusé en raison du caractère immoral de l'acte à accomplir ».

que vous étiez libre et célibataire ; vous êtes lié et vous ne pouvez plus dans un procès ultérieur en *breach of promise* faire état du contraire.

Mais ici, tel n'est pas le cas, poursuit le juge :

« Dans l'affaire qui est devant moi, chacune des deux parties savait parfaitement que l'homme était marié et qu'elles ne pourraient se marier que si la femme mourait ou en cas de divorce. Et cette considération m'a amené à la conclusion qu'en règle générale un tel contrat est contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs (*against public policy and morals*) et ne doit pas être sanctionné. Je fais mienne l'opinion exprimée par Sir Georges Jessel dans l'affaire *Puriting and Numerical Registering Co v. Sempson*, suivant laquelle un tel contrat incline les parties à agir contre les règles générales de la morale ou, comme cela est exprimé par Lawrence, chief justice de l'Illinois dans un « cas » américain *Paddock v. Robinson*, 14 Amer. Rép. 112, que décider qu'un tel contrat est valide serait introduire dans la vie sociale un principe dangereux et immoral. Comme ce savant juge le dit : « De telles conventions ne pourraient être admises comme valables que dans des conditions les plus corrompues d'une société. Elles impliquent en elles-mêmes une violation du devoir conjugal et les personnes qui y souscrivent sont moralement infidèles au lien du mariage. Un contrat aussi profondément hostile (*at war*) aux intérêts les plus hauts de la vie sociale tel qu'une des parties ne saurait le proposer ni l'autre l'examiner... sans avoir conscience de commettre une faute morale, un contrat enfin, dont l'exécution est impossible sans l'arrivée d'un événement... dont on ne peut sans péché désirer la réalisation prochaine, un tel contrat ne saurait jamais être reconnu comme valide par une Cour de justice. »

Et le juge de développer longuement ces considérations d'ordre moral :

« Avec quelle force le droit anglais désapprouve tout arrangement tendant à aboutir à la séparation entre mari et femme, cela est manifeste dans l'affaire *Cartwright v. Carwright*, 3 D. M. et G. 982. Si je n'avais peur de faire ce jugement trop long j'aurais cité textuellement le lan-

gage de Knight Bruce L. J. La tendance d'un tel contrat est de rendre le mari, en pensée, sinon en fait, infidèle à sa femme, et dans certains cas même de le conduire au crime. »

L'avocat Mortimer plaidant pour la demanderesse avait soutenu que lorsqu'on connaissait le résultat effectif d'un contrat de ce genre, il n'y avait pas lieu de considérer les résultats possibles en général, et il s'était attaché à démontrer qu'en fait et dans l'espèce le mari n'avait nullement négligé sa femme. A quoi le juge répond en s'indignant :

« Qu'il n'avait jamais entendu soutenir jusqu'à ce jour que la valeur légale ou juridique d'un contrat devait se mesurer par ses conséquences effectives en fait. Mais, ajoute-t-il, si j'avais à juger de cette manière ce contrat, le résultat en serait désastreux pour la plaignante. Si j'en crois son témoignage, cela l'a conduite à la séduction et en tous cas à la naissance d'enfants, à un commerce ininterrompu de 5 ans, avec des voyages pendant les vacances au cours desquels la femme portait parfois une alliance et passait pour l'épouse légitime.

« L'institution du mariage est la base de la société dans un état civilisé et le droit doit encourager et les relations les plus intimes entre mari et femme et au contraire décourager tout accord dont la tendance est de donner au mari le souci ou la préoccupation d'une autre femme, aux lieux et place de son épouse, ou d'aboutir à ce que la femme ait pour un autre homme une sollicitude plus grande que pour son mari. »

Ainsi voilà posé, avec de fort longues considérations, le principe qu'une telle promesse n'est valable que si elle n'est pas contraire à la morale qui exige la protection de la fidélité conjugale et veut que le droit écarte toute convention susceptible d'y porter atteinte.

Il a été jugé de même, qu'une promesse de mariage souscrite dans le but de permettre aux parties d'avoir des relations intimes est nulle comme offensant la morale. *Morton v. Fenn*, 1783, 2 Dong (K. B.) 211 (1).

1. Halsbury, *op. cit. eod. vº* nº 496.

Le lecteur aura certainement été frappé de la forme de ce jugement.

N'a-t-on pas l'impression par moments, en entendant les considérations de Phillimore de s'être trompé de porte ? Au lieu de traverser *Fleet Street* pour entrer aux Law courts, n'avons-nous pas tout bonnement pénétré dans la pittoresque et vieille église du Temple, et n'est-ce pas quelque Révérend ministre de l'Eglise d'Angleterre qui vient de nous entretenir sur les devoirs du mariage ? Ne vient-on pas de nous parler de « péché » en action et en pensée ? Nous ne critiquons certes pas ce louable souci de maintenir l'intégrité de la fidélité conjugale et la stabilité des familles. Notons seulement que l'on sent là l'origine ecclésiastique du juge, origine qui, on le voit, ne se marque pas seulement par le costume (1), la tonsure sur la perruque et l'appellation de *brothers* (frères) que les magistrats se donnent entre eux, mais qui marque de son empreinte traditionnelle la mentalité même du juge anglais.

SECTION 4. — Preuve du Contrat.

Il est impossible de ne pas étudier, parallèlement au consentement, les règles qui régissent les modes de preuves recevables dans une action en *breach of promise*. Aussi bien il faut se résoudre en droit anglais, et nous nous en excusons auprès du lecteur continental, à ne pas suivre un plan trop méticuleux ni trop rigide sans risquer d'enlever à l'aspect de ce droit son caractère essentiellement vivant. Nous avons déjà montré que ce contrat ne tombait pas sous le coup du *Statute of frauds* et pouvait être passé verbalement et prouvé par témoins.

Mais il nous faut de plus étudier ici une règle intéressante et originale quant à ses conséquences, à savoir la nécessité pour le demandeur d'apporter une *corroboration* juridiquement valable.

1. Masson, thèse précit., p. 85 ; Lévy-Ullmann, *op cit.*, p. 160.

Il résulte en effet de l'*Evidence Further Amendment Act, 1869* (Stat. 32 et 30 Victoria c. 68) qu'« aucun demandeur dans toute action en *breach of promise of marriage* n'obtiendra de verdict à moins que son témoignage ne soit corroboré (*corroborated*) par quelque autre preuve matérielle (*some other material evidence*) qui serve de soutien à ladite promesse (1) ».

Deux questions vont se poser ici : que doit-on entendre par *corroboration* et qui décidera que la corroboration fournie par le demandeur est suffisante au point de vue juridique ?

On sait, en effet, que les procès en *breach of promise* sont jugés en Angleterre par le juge assisté d'un jury. Cette intervention du jury dans les affaires civiles est fréquente. En ce qui concerne les causes ressortissant à la section du banc du roi, chacune des parties a toujours le droit de demander que les questions de fait soient soumises à un juge assisté d'un jury.

« Mais le juge pourra toujours décider que le procès sera jugé sans l'assistance d'un jury, sauf dans les cas où il s'agit d'une action intentée à raison de calomnie (*slander*) diffamation (*libel*), abus de procédure (*malicious prosecution*), séquestration, séduction ou *rupture de promesse de mariage*, chaque partie ayant, dans ces divers cas, mais dans ceux-là seulement, le droit absolu d'exiger l'intervention d'un jury (2). »

Et M. Masson, dans sa remarquable étude sur la Cour Suprême d'Angleterre, estime que 40 à 60 % des causes civiles portées devant la Haute-Cour siégeant à Londres sont à la demande des parties soumises à un jury. Nous renvoyons le lecteur à son ouvrage en ce qui concerne l'organisation de ce jury, son recrutement et la division aussi arbitraire et peu démocratique que possible en *ordinary jury* et en *special jury*, celui-ci composé de gens

1. Voir le texte cité par Eversley, *On domestic relations*.

2. Masson, *op. cit.*, p. 152.

mieux élevés (*more educated*), plus instruits ou supposés tels.

Il semblerait *a priori* qu'il appartient au jury de décider :

- 1° S'il y a eu en *fait* promesse de mariage ;
- 2° Quel est le montant du préjudice subi.

Sur le second point, le jury ne décide que trop souverainement. Mais sur le premier point, sa décision peut toujours être mise en échec par le juge. Celui-ci en effet se réserve, comme une question de droit, de décider si la *corroboration* fournie par le demandeur est ou non conforme aux dispositions du statut. En sorte que le juge peut toujours rejeter une demande sur le terrain de la recevabilité de la preuve. Or, au fond, il s'agit là d'une question de pur fait dont le juge, par une habileté ingénieuse, fait une question de droit qu'il résout souverainement. Il ne s'agit en effet que d'apprécier la valeur d'un témoignage ou d'une présomption de fait. Le jury décidera bien : « Il y a eu ou il n'y a pas eu promesse de mariage », mais le juge appréciera si oui ou non le mode de preuve apporté par le demandeur pour corroborer sa prétention est recevable aux termes du statut : Ce qui peut constituer une *material evidence* en corroboration est une question de droit pour la Cour, et son caractère de suffisance (*sufficiency*) est une question de fait pour le jury (1).

C'est ainsi que le juge anglais, en se plaçant sur le terrain de la recevabilité de la preuve, a été amené par ses décisions à dégager les cas où, en fait, les circonstances ou les témoignages invoqués par le demandeur pouvaient être considérés comme une *material evidence* exigée à titre de corroboration par le statut.

Deux décisions retiendrons ici notre attention : l'affaire *Bessela c. Stern*, classique en la matière, et l'affaire *Wiedeman c. Walpole* (2).

1. Halbury, *op. cit.*, *ead* v^o, n^o 500 ; Eversley, *op. cit.*, chap. 5, *Evidence*.
2. *Bessela v. Stern*, 1877, 2 C. P. D. 265, C. A.

La première affaire vint aux assises de Liverpool un peu après le vote du statut. La plaignante qui avait été séduite par le défendeur et en avait eu un enfant soutenait qu'il y avait eu promesse de mariage ; et pour corroborer sa prétention, elle apportait le témoignage de sa sœur qui déposait entre autres choses qu'elle avait surpris un jour une conversation entre les parties. La demanderesse disait au défendeur : « Vous m'avez toujours promis de m'épouser mais vous n'avez jamais tenu votre parole. » Stern n'avait pas protesté.

Pouvait-on considérer que son silence constituait une *material evidence*, susceptible d'étayer sa prétention aux termes du statut ? C'était là une question de fait que la Cour se réserva, après avoir demandé au jury de statuer comme nous l'avons déjà vu faire dans l'affaire *Spiers v. Hunt*, précédemment étudiée.

Au point de vue procédural, il est intéressant de noter ici que le procès fut porté devant une Cour divisionnaire. « Ces cours divisionnaires, dont chacune se compose en principe de deux juges, vont constituer une juridiction intermédiaire entre les Chambres à juge unique et la Cour d'appel. C'est, paraît-il, un moyen imaginé par le législateur pour ne pas surcharger la Cour d'appel dont le personnel est restreint et le rôle généralement encombré.

« Les arrêts rendus par les Chambres divisionnaires peuvent d'ailleurs être déférés à la Cour d'appel mais seulement avec l'autorisation des juges qui les ont rendus » (1). Ce fut le cas ici.

Mais il faut observer que non seulement les juges de la Cour divisionnaire ont autorisé l'appel, mais on peut dire que le style particulièrement réservé et dubitatif de leur décision constituait une véritable provocation à l'appel.

Le juge Groven discutant sur la portée du mot *material*, donne, semble-t-il, des arguments pour et contre :

« On peut dire que le silence du défendeur lorsque la

1. Masson, *op. cit.*, p. 109.

plaignante lui rappela sa promesse de mariage était un aveu de la vérité de l'accusation, mais on peut également soutenir que s'il avait jamais fait une telle promesse, il aurait, à l'occasion de cette conversation, présenté des excuses pour n'avoir pas accompli cette promesse ou aurait essayé de quelque manière d'atténuer cette promesse prétendue. »

Bref, il semble au juge que ce simple silence constitue une *corroboration* trop fragile, trop vide, pour qu'elle puisse être qualifiée de *material*, ce mot n'ayant pas été selon lui introduit à la légère dans le Statut.

Son confrère, le juge Denman, se range à son avis, mais non sans formuler des réserves formelles :

« Je suis arrivé aux mêmes conclusions bien que je ne sois pas sans de grands doutes quant au jugement que nous devons prononcer... »

Quel est le plaideur qui ne se précipiterait pas à la Cour d'appel nanti d'une pareille décision, dont les auteurs sont les premiers à dénoncer la fragilité ?

Le praticien français ne sera pas peu surpris de se trouver en présence d'un jugement rédigé dans une forme aussi prudente et dubitative. Nous sommes habitués à des décisions généralement nettes, affirmatives, et nos juges n'ont pas l'habitude d'introduire dans leur jugement des réserves de ce genre : « Attendu que le tribunal n'est pas sans concevoir des doutes sérieux quant à la valeur de la décision qu'il va prononcer... »

Comment expliquer cette réserve du juge anglais que certains qualifieront de timidité, d'insuffisance d'esprit de décision et d'autres, au contraire, de sagesse, de prudence et d'humilité ?

Nous pensons tout d'abord que le juge porte ici la marque de son origine : c'est un avocat. Constamment en présence des parties, les voyant de près, suivant directement la vie des affaires, l'avocat devient vite professionnellement un hésitant, ou, disons-le mieux, un prudent. Il

pense avec raison — et son expérience, sa longue pratique des hommes et des affaires l'y ont amené — que la justice est infiniment difficile à rendre et qu'il est extrêmement long et laborieux de trouver la vérité lorsqu'on y parvient.

Une autre raison explique davantage encore cet état d'esprit ; le juge anglais est une source de droit et sa décision devient un précédent dont il importe de mesurer les termes. Quand, dans le *Merchant of Venice* de Shakespeare, Bassanio offre à Schylock le double de la somme due par Antonio et supplie le juge d'obliger le créancier à l'accepter plutôt de d'exiger l'exécution du contrat barbare qui lui donne droit à une livre de chair du marchand, le juge ne veut pas prendre à l'étourdie une décision qui serait un précédent :

« Non, cela ne doit pas être. Aucun pouvoir à Venise ne peut violer un décret en vigueur ; on s'en prévaudrait comme d'un précédent et cet exemple serait la source de mille abus dans l'Etat (1). »

Ces vers reflètent bien l'importance que l'opinion britannique a de l'administration de la justice et du précédent en particulier. Aussi le juge anglais hésite-t-il beaucoup à poser des principes généraux et prend-il grand soin, en s'enfermant dans l'espèce (*case*) qui lui est soumise, de laisser à ces successeurs une porte ouverte à des interprétations différentes eu égard aux besoins de la cause. Ce souci est clairement marqué dans la décision précitée du juge Groven :

« Chaque espèce de cette nature est différente et chaque espèce doit être jugée selon les faits qui lui sont propres et mon avis est que dans ce cas la preuve n'est pas une *material evidence*... »

1. « Il must not be ; there is no power in Venice can alter a decree established :

Twill be recorded for a precedent
And many an error by the same example
Will rush into the state...

(Shakespeare, *Merchant of Venice*, act IV, sc. I.)

Mais l'opinion du Chief Justice Cockburn ne sera pas marquée au coin de la même hésitation et il va trancher nettement le débat en réformant le jugement dont est appel et en décidant que la corroboration tirée du silence du défendeur est suffisante dans les termes du Statut :

« Mon opinion est que le jugement de la division des Plaid's communs doit être réformé. Je pense qu'il y avait ici une « *corroborative évidence* ». La corroboration n'a pas besoin d'aller jusqu'à établir l'existence du contrat; c'est l'affaire du témoin principal; mais elle doit être un fait qui montre que l'histoire racontée par le témoin principal est probable. Ici la sœur de la plaignante rapporte une conversation surprise entre la plaignante et le défendeur, au cours de laquelle celle-ci disait à celui-là : « Vous m'avez toujours promis de m'épouser mais vous n'avez jamais tenu votre parole », lui disant cela soit pour le lui reprocher, soit pour pousser le défendeur à exécuter sa promesse. A cette affirmation, il semble qu'il n'ait pas été contredit, mais le défendeur demanda à la plaignante combien d'argent elle accepterait pour se retirer. Le jury paraît avoir cru la sœur de la plaignante. Si cette conversation a eu lieu, il n'est pas douteux qu'elle n'est pas concluante, car un homme peut penser que cela ne valait pas la peine de contredire l'affirmation de la promesse et de provoquer une dispute. D'autre part, on pouvait dire qu'il n'a pas répondu à l'accusation parce qu'il ne pouvait pas la dénier. Que l'on attache foi au témoignage de la plaignante ou à celui de sa sœur qui paraît avoir fait d'étranges déclarations, ce n'est pas à nous de le décider. Sur ce point, le recours du défendeur consistait à introduire un nouveau procès fondé sur le terrain que le verdict était contraire « au poids de l'évidence » (*against the weight of evidence*), mais cela n'a pas été fait. Et tout ce que nous avons à décider est de savoir s'il y a eu une preuve confirmatoire (*confirmatory evidence*); et nous pouvons seulement dire que cette preuve existe, car il est établi que la femme a accusé l'homme de lui avoir fait une promesse et qu'il ne l'a pas niée. »

Le juge Cockburn, pas plus que ses collègues Bramwell et Brett composant la Cour d'appel, ne semblent ajouter foi au témoignage de la sœur de la plaignante ; le juge Bram-

well éprouve même le besoin de dire qu'il regrette d'être obligé sur le terrain du droit de se ranger à l'opinion du Chief Justice. Mais cette décision est intéressante à un double titre. Tout d'abord, elle paraît poser le principe que le silence opposé à une accusation de promesse de mariage, suffit à corroborer le témoignage du demandeur et vaut comme une *material evidence* exigée par le statut de Victoria précité. Mais surtout, nous y voyons nettement marqué le rôle respectif du jury et du juge en notre matière. Le juge peut bien déclarer que la corroboration est insuffisante, mais il ne pourrait pas considérer comme faux les faits que le jury a déclarés exacts par son verdict, même sur la foi de témoignages suspects. Est-ce dire qu'en ce cas, le verdict du jury serait souverain et que le défendeur n'aurait aucun recours ? Il n'en est rien, et le juge Cockburn prend soin d'indiquer au défendeur la procédure qu'il eût convenu de mettre en œuvre, à savoir introduire une nouvelle action contre un verdict rendu contre le « poids de l'évidence » (*against the weight of evidence*) (1).

Dans ce cas le verdict peut être cassé et la Cour d'appel peut évoquer et juger l'affaire sans renvoyer devant un autre jury.

C'est ce précédent de l'affaire *Bessela c. Stern* qui fut invoqué dans un procès célèbre qui fut plaidé à la Cour d'appel, en 1891, par un King's Counsel aujourd'hui décédé, Mr. Thomas Terrell ; son fils, avocat lui-même, que nous avons connu au Temple, a bien voulu nous communiquer des renseignements sur cette affaire qui passionna Londres à l'époque.

Il s'agissait cette fois, de savoir si le fait pour le défendeur de n'avoir pas répondu aux lettres de la demanderesse qui le pressait d'exécuter une soi-disant promesse de mariage, pouvait être considéré comme une corroboration suffisante aux termes du fameux statut de Victoria.

En septembre 1882, Walpole rencontra Miss Wiedeman

1. Cf. *op. cit.*, Masson, p. 189.

dans un hôtel de Constantinople. Ils eurent des relations intimes et il demeura avec elle quelques jours ; il lui remit même 100 £, lorsqu'ils se quittèrent et enfin selon le témoignage de la jeune fille, Walpole, lors de leurs relations intimes, lui promit de l'épouser.

Deux mois après, Miss Wiedeman vint à Cannes et y rencontra la mère de Walpole. Elle prétendit dans la suite que ce voyage de Constantinople à Cannes avait été arrangé en complet accord avec Walpole pour lui permettre de se présenter à Mme Walpole mère.

Et Miss Wiedeman s'appuyait sur une correspondance adressée par elle à Walpole, à la suite de son entrevue avec Madame Walpole.

Elle produisait une lettre du 27 novembre 1882, datée de Cannes. Dans cette lettre, elle posait comme un fait acquis la promesse que Walpole avait faite de l'épouser. Or, à cette lettre, Walpole ne fit aucune réponse.

De son côté, il produisit une lettre que lui avait adressée le beau-frère de Miss Wiedeman, bourgmestre de Nordhausen ; cette lettre ne contenait aucune allusion à une promesse de mariage, mais le bourgmestre demandait à Walpole de faire part au plus tôt de ses intentions quant à l'avenir de Miss Wiedeman ; la lettre ajoutait que Walpole devait comprendre que l'honneur de la famille Wiedeman était compromis et qu'il devait des explications.

Walpole laissa cette lettre sans réponse ; il ne répondit pas davantage à un pasteur d'une église allemande de Sydenham qui lui demandait si oui ou non il avait l'intention d'exécuter sa promesse d'épouser Miss Wiedeman et le menaçait de s'employer tant par la presse que par les armes légales à soutenir les droits de sa compatriote afin que justice lui fût rendue.

Enfin, Miss Wiedeman produisait un sceau avec cachet appartenant à Walpole et prétendait que celui-ci lui en avait fait cadeau à l'hôtel à Constantinople. A quoi Walpole répliquait, d'ailleurs, que ce cachet était tombé sur le parquet du cabinet de toilette, que Miss Wiedeman l'avait

ramassé et ne le lui avait pas rendu. Il s'agissait donc non d'un cadeau mais d'un accident.

Le juge Pollock qui eut à connaître de l'affaire en premier ressort s'appuya sur le précédent *Bessala v. Stern* et décida que le silence de Walpole constituait une corroboration suffisante aux termes du Statut pour soutenir le témoignage de la demanderesse ; le jury estima le dommage à £ 300 en rendant un verdict en faveur de Miss Wiedeman.

En cause d'appel, Lockwood Q. C., avocat de l'appelant, discuta à nouveau les termes du fameux statut et il estima que le fait de ne pas répondre aux lettres d'une femme qui invoque une promesse de mariage ne saurait constituer une preuve (*evidence*) dans le sens du Statut. Sans doute, il y a le précédent *Bessala v. Stern*. Mais dans cette dernière affaire le fiancé avait été mis en demeure de répondre oralement et il ne l'avait pas fait ; de plus il avait proposé à la jeune fille de lui donner de l'argent pour s'en débarrasser, ce qui constituait presque un aveu.

Lord Esher M. R. rejeta la demande et décida que, dans ce cas, le silence ne pouvait constituer une corroboration.

Pour soutenir que le silence est une preuve suffisante, raisonne le juge, il faudrait admettre que le silence constitue un aveu de la part du défendeur, que ce silence équivaut à reconnaître comme vraies et fondées toutes les prétentions et allégations contenues dans la lettre et notamment dans l'espèce, qu'il y ait eu promesse de mariage.

Solution inadmissible. Et ici le juge tire du droit criminel un argument d'analogie :

« Supposons, poursuit Lord Esher, que la lettre l'accuse d'une faute grave, d'un crime (*offence*) ou d'inconduite et que l'auteur de la lettre ait écrit que si le défendeur ne payait pas une certaine somme il le dénoncerait. Pourrait-on dire que le fait de ne pas répondre constituerait un aveu de culpabilité » ?

Puis, faisant allusion aux affaires commerciales traitées par correspondance :

« Ainsi quand les commerçants sont en désaccord alors qu'ils poursuivent une transaction commerciale et que l'un écrit à l'autre : « Mais vous m'avez promis que vous feriez telle ou telle chose », si l'autre ne répond pas à la lettre et poursuit les négociations, il doit être considéré comme reconnaissant l'exactitude de l'affirmation. Mais de tels cas sont entièrement différents du fait d'accuser par lettre un individu de quelque crime, délit ou bassesse. Ce sont les habitudes en usage dans la société (*ordinary habits of mankind*) que les Cours doivent examiner, pour savoir s'il y a lieu de répondre ou non. Et doit-on considérer selon ces usages habituels ordinaires de la vie sociale que, si un homme ne répond pas, il admet par là le bien fondé des charges qu'on porte contre lui ? S'il en était ainsi la vie deviendrait intenable. On pourrait tous les jours écrire de telles lettres, qui, si elles restaient sans réponse seraient produites comme preuve de la vérité des accusations qu'elles contiennent. L'usage ordinaire et sage est de n'y point répondre et même de ne pas leur accorder d'attention...

C'est pourquoi je ne doute pas que le simple fait de ne pas répondre à une lettre déclarant que le destinataire a fait une promesse de mariage ne constitue pas une preuve que ce dernier reconnaisse en quelque manière avoir fait une promesse de mariage, et par conséquent ne constitue pas une preuve en corroboration de cette promesse. Je ne dis pas qu'il ne peut se trouver des circonstances, survenant dans une correspondance entre un homme et une femme qui pourraient donner au fait de ne pas répondre à une lettre le caractère d'une preuve ou d'une reconnaissance de la vérité des affirmations contenues dans cette lettre. Il pourrait y avoir des cas dans lesquels une Cour puisse juger qu'en égard à la nature de la correspondance et aux circonstances, le fait de ne pas répondre équivaut à un acquiescement ; mais ce n'est pas ici un de ces cas. Ici, nous avons seulement à dire si le simple fait de ne pas répondre aux lettres, sans avoir autre chose à examiner, peut constituer une preuve en corroboration de la promesse. Si le fait pour le défendeur de ne pas avoir répondu à la lettre de la plaignante, ne constitue pas une preuve en corroboration, il est évident que le fait de ne pas répondre à la lettre d'un simple tiers, tel que celle du pasteur de l'église allemande ou du bourgmestre, lettres qui ne contiennent aucune référence à la préten-

due promesse de mariage, ne peut constituer une preuve en corroboration. Quant à l'anneau, est-ce qu'une personne raisonnable peut prétendre que, en égard aux relations qui ont existé dans ce procès entre les parties, le simple fait pour la plaignante de posséder la bague à cachet du défendeur, soit plus pertinent pour établir sa promesse de l'épouser que les autres faits de leur intimité ? A mon avis, il serait contraire au bon sens de dire que la possession de l'anneau était une preuve corroborant la promesse, et peu importe qu'il lui ait donné cette bague ou qu'elle l'ait ramassée sur le parquet comme il le prétend, bien que le fait que ce soit une bague à cachet, rend peu vraisemblable qu'il lui en ait fait cadeau. Nous avons dit que c'était une question réservée au jury de savoir s'il y avait une preuve en corroboration de la promesse de mariage. Si cela était, il n'y aurait plus qu'à écarter le Statut de son ensemble. Je suis d'avis qu'il n'y a pas de preuve de cette corroboration de la promesse de mariage telle qu'elle est exigée par le Statut et qu'en conséquence le juge n'aurait pas dû donner suite à la demande de la plaignante en dommages-intérêts pour rupture [de promesse de mariage, et en conclusion, le jugement doit être rendu en faveur du défendeur ».

Cette affaire posait la question très intéressante de la valeur du silence dans les contrats par correspondance. Il semblerait, si l'on s'en réfère aux principes généraux du droit tels qu'ils sont exposés notamment dans les commentaires de Stephen (chap. 3, sect. 2 B, p. 4, 19^e éd.), que l'acceptation en principe ne saurait être purement tacite :

« Lorsque l'offrant peut désigner un certain mode d'acceptation, il ne peut mettre l'acceptant dans l'obligation de lui communiquer et manifester son refus ; il ne peut lui imposer un contrat (m. à m.), mettre sur son dos = *saddle*) par une offre accompagnée d'une clause de ce genre : si je ne reçois rien de vous dans la semaine je considérerai mon offre comme acceptée ».

« Une simple acceptation mentale ne suffit jamais à former un contrat, car on ne peut la prouver. Le droit exige une preuve *tangible*. »

Ce dernier mot concorde bien avec l'expression *material*

evidence du Statut de Victoria, et il ne semble pas que le droit fasse exception à ce principe en matière de promesse de mariage.

Sans doute ici ne s'agit-il pas d'une preuve absolue. Le juge Cockburn a lui-même rappelé que le Statut n'exigeait qu'une preuve propre à corroborer les affirmations du demandeur témoin principal. Mais encore faut-il que cette preuve ait un caractère matériel. Et il est clair que le simple silence gardé par Walpole ne saurait être considéré comme tel.

Mais peut-on parler en droit anglais de principes généraux ? L'Anglais est avant tout au point de vue intellectuel un empirique, soucieux d'attacher toute son attention au fait qu'il considère. Il n'aime pas, comme nous, par un raisonnement logique, partir de principes généraux impérativement affirmés pour en déduire des conséquences à appliquer aux cas d'espèces. Si nous avons cité tout au long la décision de Lord Esher, c'est qu'elle constitue un échantillon type de cette mentalité.

Il ne s'appuie pas sur des principes généraux d'une façon formelle et il est difficile de dire que c'est là une décision de principe résolvant le problème de la valeur du silence comme preuve du consentement pour d'autres espèces que celle de l'affaire *Wiedeman c. Walpole*.

Lord Esher, après avoir montré qu'il était impossible et dangereux de soutenir que le silence gardé par le destinataire équivalait pour ce dernier à souscrire aux affirmations et accusations qu'elle contenait, et qu'une telle conception était contraire au sens commun exprimé par « les habitudes ordinaires de la vie humaine », cherche des précédents dans le droit commercial (1) ; il souligne qu'il y a des cas où le silence a pu être considéré comme un acquiescement. Mais tel n'est pas le cas ici. Et il semble que le juge va proclamer que le silence ne vaut pas acceptation en principe, mais aussitôt, prudemment, craignant de créer un

1. Cf. *supra*, p. 76.

précédent trop absolu, il se hâte d'ajouter : « Je ne dirai pas qu'il ne peut se trouver des circonstances... Il pourrait y avoir des cas... » Bref, il s'enferme dans les limites du cas Wiedeman-Walpole, et plus tard un autre juge pourra, si l'on invoque devant lui ce précédent dans une affaire analogue, prendre une décision différente en faisant observer que Lord Esher a insinué qu'il pouvait y avoir des circonstances où le silence prenait la valeur d'un aveu.

Plus catégorique à cet égard fut l'opinion de son collègue le juge Bowen qui, après avoir qualifié de monstrueux le système du silence équivalent à une acceptation, s'efforce de construire et de dégager une théorie plus précise et plus intéressante.

En principe, le silence ne vaut pas acceptation. Il convient de limiter la portée du vieil adage : « Qui ne dit mot consent ». Cependant il y a des cas où le silence acquiert une valeur de preuve. Et voici le critérium : le juge Bowen le tire d'un précédent, œuvre du juge Willes dans une affaire *Richard v. Gellaty*, L. R. 7 C. P. 127, p. 131.

« Il semble, observe Willes, que l'on ait pensé à un moment donné que le destinataire d'une lettre avait l'obligation d'y répondre et que son abstention à le faire équivalait à admettre comme vrai tout ce que contenait et établissait la lettre qu'il laissait sans protestation. »

Mais depuis longtemps cette opinion a été abandonnée et l'absurdité de s'y conformer a été démontrée. Il peut en être autrement si les relations entre les parties sont telles qu'on doive raisonnablement attendre une réponse ».

Et, dans ce cas, on ne pouvait raisonnablement supposer que le défendeur allait répondre aux affirmations contenues dans la lettre.

En principe, le silence ne peut équivaloir à une acceptation.

La théorie esquissée par le juge Bowen n'est pas sans analogie avec celle qu'a construite notre jurisprudence. Rappelons-là d'un mot. En dehors de la tacite reconduc-

tion et de l'autorisation maritale en certains cas, nos tribunaux admettent que le silence ne peut valoir acceptation lorsqu'il s'agit de personnes antérieurement en relation d'affaires ou de clauses insérées dans une facture et contre lesquelles on n'a pas protesté : l'acceptation de la facture résulte du silence du destinataire. Dans ces deux cas « l'individu se trouve placé dans une situation telle que l'autre partie doit *nécessairement* interpréter son silence comme un engagement » (1).

Le critérium est bien plus nettement posé en droit français, et les cas où le silence vaudra acceptation bien mieux précisés. En Angleterre ces cas seront en somme déterminés par la raison du juge. C'est à cette raison que font constamment appel l'adjectif *reasonable* et l'adverbe *reasonably* qui reviennent comme un leitmotiv dans toutes les décisions judiciaires anglo-saxonnes.

Et l'on comprend que, dans un pays où la justice repose dans une si large mesure sur la raison des juges, on fasse à ceux-ci une situation sociale aussi élevée et aussi indépendante, qu'on en fasse des personnages « qui sont et qui se sentent indépendants de tout, auxquels nul ne peut toucher et qui ne doivent compte de leurs arrêts qu'à leur conscience et à Dieu » (2).

Ajoutons, pour en finir avec cette question, que ce jugement est en effet raisonnable et sage et que soutenir le contraire serait éminemment dangereux en une matière où le plaignant est le témoin principal, et qui se prête, plus que d'autres, surtout de nos jours, à l'odieuse pratique du chantage.

1. Colin et Capitant, *Cours élém. de droit civil français*, 7^e éd., t. 2, n° 26, p. 26 ; Cass. civ., 25 mai 1870, D. 70.1.257, S. 70.1.341 ; Montpellier, 3 juillet 1885, S. 86.2.56 ; Cass. req., 27 janv. 1909, D. 1909.1.173, S. 1909.1.136.

2. De Franqueville, *Système judiciaire de la Grande-Bretagne*, t. II, p. 661.

CHAPITRE II

Qui peut exercer l'action et contre qui ?

Il est presque inutile de préciser que l'exercice de l'action n'est pas le privilège de la femme ; elle peut être intentée par le fiancé délaissé. Il est intéressant de constater que cette dernière hypothèse n'est pas purement théorique car on relève des cas de ce genre dans les répertoires de jurisprudence. Dans une affaire *Harrisson c. Cage* notamment, le fiancé demandeur obtint des dommages-intérêts et nous verrons que le jury pour en fixer le taux tint compte de la fortune de la femme.

Plus intéressante est la question des mineurs. Tout contrat de promesse de mariage passé par un mineur est frappé de nullité. Il s'en suit qu'aucune action ne peut être introduite contre lui (1). En effet, le vote de l'*Infant's Relief Act* du 7 août 1871 (st. 37.38 Vict., ch. 62), complétant la Common Law en la matière, a rendu absolument nul tout contrat fait par des mineurs. Cette règle souffre toutefois une exception concernant les contrats ayant pour objet ce que les Anglais appellent des choses nécessaires (*necessaries*) au mineur, terme qu'il serait peut-être inexact juridiquement de traduire par aliments, à moins de donner à ce mot un sens beaucoup plus compréhensif qu'en droit français, et d'entendre par là, non seulement ce qui est utile au mineur, à sa subsistance, à son éducation mais encore ce qui est convenable à sa situation sociale, question mixte

1. Halsbury, *op. cit. eod.*, v^o part. I, sect. I, n^o 494 ; Ruegg, *op. cit.*, p. 149.

de fait et de droit relevant à la fois du juge et du jury (1) et dont l'appréciation paraît être assez élastique.

Il est hors de doute que le mariage n'est pas considéré en droit comme une chose nécessaire et il s'en suit que la promesse de mariage échappe bien à cette exception et ne peut donner lieu à un recours (2).

Il est difficile de faire entrer cette nullité dans le cadre de nos disciplines juridiques françaises, c'est-à-dire de préciser s'il s'agit d'une nullité absolue ou d'une nullité relative.

Un des traits essentiels de cette nullité, c'est que le mineur ne peut pas valablement ratifier la promesse lors de sa majorité, solution qui est un caractère de la nullité absolue. Mais en revanche, il semble admis que le mineur puisse agir en exécution de la promesse contre l'autre partie, si celle-ci est majeure (3).

Toutefois, en fait, le mineur devenu majeur peut être poursuivi en justice pour rupture de promesse de mariage, si le jury estime qu'il y a eu, de sa part, non une simple ratification, mais une nouvelle promesse de mariage. Dans une affaire *Ditcham c. Worral* (4) rapportée par Halsbury, le défendeur parvenu à sa majorité, pria la demanderesse en présence de son père, de fixer le jour du mariage et donna son assentiment à la date choisie par la jeune fille ; il a été jugé que le jury pouvait à bon droit interpréter ce fait comme constituant la preuve d'une nouvelle promesse de mariage.

Dans une autre affaire, *Holmes v. Brierley* (5) le père de la demanderesse, devenu insolvable, offrit au défendeur devenu majeur, de le décharger de son engagement

1. Voir sur cette question : Stephen, *op. cit.*, trad. Mitchell, Giard, éd., 1931, t. III, liv. I, ch. VI, p. 102 et suiv.

2. Stephen, *op. cit.*, *ibid.*, p. 100.

3. Halsbury, *op. cit. cod.*, v^o 4^o, 494 ; Stephen, *op. cit.*, vol. I, trad. Dessertheaux, 5^e partie, ch. 14, p. 345.

4. 1880, 5 C. P. D., 410.

5. 1888, 36 W. R. 795.

mais le jeune homme refusa et déclara que sa volonté était d'épouser la jeune fille. Il lui demanda même s'il ne pensait pas qu'ils fussent maintenant d'âge à se marier. Là encore, il a été jugé qu'il s'agissait non d'une simple ratification mais d'une nouvelle promesse (1).

L'analyse de ces décisions ne permet guère de dégager quel sera le critérium qui permettra de distinguer une ratification d'une nouvelle promesse. Il semble qu'il y ait nouvelle promesse lorsque le mineur devenu majeur manifeste non pas la volonté de ratifier, se contentant de s'en remettre à son engagement antérieur (en disant par exemple : « Puisque je vous l'ai promis, je ne puis pas reprendre ma parole »), mais une volonté nouvelle et actuelle d'épouser. Mais cette distinction est laissée à l'arbitraire du jury qui pourra, souverainement, tenir en échec par ce biais la règle de la nullité posée plus haut.

L'action en *breach of promise* ayant une base contractuelle il est intéressant de se demander si l'action en cas de décès du promettant peut être poursuivie contre ses héritiers et si d'autre part les héritiers de la partie délaissée sont fondés à exercer une action contre le promettant.

Référons-nous aux principes généraux en la matière :

« Normalement, écrit Stephen, dans ses commentaires — et il faut toujours faire appel à cet excellent ouvrage — le décès n'anéantit pas le droit à l'action née du contrat. Le droit à l'action survit pour ou contre l'ayant cause du *de cujus*.

C'est ainsi que :

L'exécuteur d'un serviteur décédé peut recouvrer un salaire devenu exigible et payable avant sa mort ; car à cet égard, il a acquis un droit à l'action qui n'a pas été anéanti par sa mort (*Subbs v. Holywell Railway Co* (1867) L. R. 2 ex. 311).

Mais lorsque la rupture (*violation*) du contrat cause uniquement un dommage personnel (*personal wrong*) tel que des blessures subies par suite de la défaillance d'une

1. Voir aussi *Northcote c. Donghty*, 4 C. P. D. 385.

compagnie de chemin de fer à transporter les voyageurs en sécurité, blessures finalement suivies de mort, la mort du blessé anéantit le droit à l'action dans la mesure où il a pour objet les blessures personnelles ; par contre les *personal representatives* du *de cuius* sont habiles à recouvrer des dommages-intérêts résultant de la violation d'un contrat relatif au patrimoine du *de cuius*, par exemple : les frais médicaux ou les pertes dues à l'impossibilité pour la victime de veiller à ses affaires (*Bradshaw v. Lancashire and Yorkshire Railway Co* (1875), L. R. 10 C. P. 189). Ils peuvent aussi dans certaines circonstances agir au profit des personnes à la charge du défunt, en vertu du *fatal accidents acts* (Loi sur les accidents mortels) (post, p. 553) (1).

Mais en matière de promesse de mariage, que Stephen qualifie de *injury of special nature* ou dommage de nature spéciale,

« il ressort clairement d'un groupé d'espèces jugées que la mort d'une quelconque des parties anéantit le droit à l'action, avec peut-être une exception de part et d'autre, si la demande consiste en dommages spéciaux (*special damage*) c'est-à-dire en une perte ou une dépense effective et matérielle et non plus seulement en un dommage personnel général ».

Et Stephen cite la célèbre affaire *Quirck c. Thomas* (2) qui fut plaidée en 1915 et 1916 à la Haute-Cour et qui retiendra notre attention en raison des considérations juridiques extrêmement intéressantes qui sont contenues dans les décisions intervenues et qui posent un problème assez délicat que nous tâcherons de dégager et d'étudier.

L'assignation (*writ*) avait été lancée par la demanderesse au procès le 15 décembre 1913 ; le défendeur mourut le 12 janvier 1914 et l'action fut poursuivie contre son *executor*. La plaignante dans ses conclusions (*statement of claim*) signifiées en avril 1914 prétendait qu'une promesse

1. Stephen's Commentaries, *op. cit.*, vol. III, liv. I, ch. 13, sec. 4, p. 194-195.

2. Février 8, 9, 15, 1915, I. K. B. 798. In the court of Appeal, novembre 16, 17, 18 et Déc. 15, 1915 (1916), I. K. B. 516.

de mariage lui avait été faite par Arthur William Thomas le défendeur originaire, en mars 1897 environ, mais que l'engagement n'avait pas été tenu ; en mai 1906, la demoiselle Quirk avait monté un commerce de modiste et en 1910 Thomas lui avait, prétendait-elle, à nouveau promis le mariage et lui avait en même temps, et pour ainsi dire comme condition, demandé de vendre son commerce ; et elle le fit comme *consideration* de la promesse souscrite par le défendeur décédé.

Le dommage spécial invoqué était la perte du commerce, de temps et de travail, et de l'effort dépensé à l'acquérir et à le développer (*damnum emergens*) et le revenu que la demanderesse en aurait tiré (*lucrum cessans*) si elle ne l'avait pas cédé en considération de la promesse de Quirk et sur la demande de celui-ci.

Le procès donna lieu à de vifs débats.

Les conseils du défendeur Bernard, Lailey K. C. (1), assisté comme l'usage l'exige par un junior J. H. Watts, plaida qu'on ne pouvait intenter une action contre des héritiers en matière de *breach of promise of marriage* même en cas de *special damage* (préjudice spécial et déterminé) comme c'était le cas.

L'action en *breach of promise* a un caractère personnel tombant sous le coup de l'adage bien connu : *Actio personalis moritur cum persona*. Cet adage n'est pas réservé à la matière des *torts* (délits), il doit s'appliquer aux ruptures de contrats ayant un caractère personnel distinct des contrats relatifs à la propriété (2).

Or cette action, poursuivait le *King's Counsel*, ne sau-

1. Un *King's counsel*, mot à mot avocat du roi, n'est pas comme ce titre pourrait le laisser croire au lecteur continental un officier du Ministère public. Les *King's counsel*, par abréviation K. C., sont des avocats distingués par le roi. Ils ont droit à une robe ornée de soie, et ont un siège réservé. Ils ne peuvent comparaître dans une Cour à moins qu'un autre avocat — junior — ne soit mandaté pour comparaître avec eux. Cf. Stephen, *op. cit.*, traduction Desserteaux, t. I, 6^e partie, section 2, p. 466.

2. *Hambley v. Trott*, 1776-I-, Cowp 371 ; *Twycron v. Grant*, 1878, H. C. P. D. 40 ; *Pollock on torts*, 9 ed., p. 63-73.

rait être accueillie contre l'héritier, qu'il y ait ou non un préjudice spécial et distinct. Car les dommages spéciaux réclamés par la demanderesse sont fondés sur la même action qui est toute personnelle.

Le seul préjudice réel qui doit être considéré dans cette action c'est le refus de donner à quelqu'un l'état de mariage.

Mr Wraugh K. C. assisté de J. D. Crawford soutint d'abord, au nom du demandeur, que le jury avait décidé en fait que le dommage spécial invoqué avait bien pour cause la rupture de promesse de mariage. Si un individu rompt une obligation contractuelle, qui le lie à une autre personne et si cette rupture a pour conséquence un dommage causé au patrimoine de l'autre partie, au cas de décès de l'auteur de la rupture, son patrimoine reste tenu de réparer le dommage causé.

Et Mr Wraugh d'invoquer l'affaire citée par Stephen contre la *Lancashire and Yorkshire Ry C^o* en démontrant que c'était là un cas d'atteinte au patrimoine de la personne décédée mais que le même principe devait jouer dans le cas où, comme dans l'affaire qui nous occupe, le dommage avait été causé par le décédé.

Le juge Lush fit alors observer que la valeur de cette décision avait été mise en doute lors d'un procès *Loggot v. Great Northen Ry C^o* (1).

Mais le K. C. s'empara du précédent *Daly v. Dublin* (2) où il a été jugé et établi que la maxime *actio personalis moritur cum persona* ne s'appliquait qu'aux actions nées de *torts*, de faits illicites et non aux actions engendrées par une faute contractuelle (2).

Et il observait que la distinction entre les *torts* et les contrats peut dans la circonstance passer pour illogique mais qu'elle a été le fondement de la décision intervenue dans l'affaire *Bradshow v. Lancashire and Yorkshire Ry C^o* précitée.

1. 1875, L. R., 10 C. P. 189.

2. 1892, 30 L. R., Ir 514.

Une action en *breach of promise* dans laquelle on établit des *special damages* n'est pas une action personnelle tombant sous le coup de la maxime.

Et l'avocat de s'armer des *authorities* et d'invoquer successivement *Halsbury* (Tit *Executors*, vol. 14, p. 225), *Leake on Contrats* (6^e éd., p. 951) *Addison on Contracts* (11^e éd., p. 171), auxquels le juge Lush ajouta l'affaire *Peek v. Gurney* (1).

Quant au dommage spécial, il résulte de la perte du commerce par la demanderesse en considération de la promesse du *de cujus* de l'épouser et de subvenir à ses besoins jusqu'au jour de la célébration du mariage.

Lord Esher dans la célèbre affaire *Finlay c. Chirney* ne disait-il pas que « si au moment du contrat de promesse de mariage la plaignante avait convenu d'abandonner une meilleure place immédiatement ou avant le jour du mariage, il pouvait naître un *special damage* qui devenait une partie de la *consideration* de la promesse de mariage ? ».

S'il s'agissait d'un contrat de vente d'une propriété réelle et que le vendeur ne s'exécutât pas, l'acheteur ne pouvait-il pas recouvrer à titre de *special damage* les frais engagés pour l'examen du titre de propriété, bien qu'à proprement parler ce préjudice ne découlât pas directement de la rupture du contrat ? Dans les cas de rupture de contrat, à la différence de ce qui se passe en matière de *tort*, les dommages que l'on peut raisonnablement supposer avoir été envisagés par les parties, au moment du contrat, ne sont pas considérés par le droit comme trop indirects et peuvent être pris en considération.

Tels étaient les arguments des conseils des deux parties. Le juge Lush rejeta la demande et dans un très long jugement, véritable dissertation sur la portée de la maxime *actio personalis moritur cum persona*, il conclut que l'action en *breach of promise of marriage* est, par sa nature, personnelle et que tout au moins l'élément personnel y domine et

que la maxime doit recevoir son application même si un *special damage* a découlé de la promesse.

Quant aux précédents et autorités invoqués par les conseils de la demanderesse, le juge Lush considère que la solution posée dans l'affaire *Bradshaw v. Lancashire and Yorkshire Ry C^o* a été l'objet de vives critiques et ne saurait constituer une autorité. Quant à l'opinion de Lord Esher dans l'affaire *Finley v. Chirney*, « ce n'est, dit le juge, qu'une indication et non une décision qui soit susceptible de me lier ».

Il paraît impossible au juge que l'existence d'un préjudice déterminé (*special damage*) causé par la rupture puisse modifier la nature essentiellement personnelle de l'obligation dans un *contract to marry*. Or les *executors* ne représentent pas la personne du défunt mais uniquement son patrimoine. Les exécuteurs ne sont tenus selon lui que lorsque le testateur avait contracté une dette d'argent ou lorsqu'un contrat ou une promesse faite par lui rentrait dans une des catégories fixées par Lord Mansfield dans une affaire *Hambley v. Trott*, c'est-à-dire étaient relatifs à une somme d'argent ou à des revenus tirés de l'agriculture ou du travail.

Le juge fit aussi observer qu'à son avis l'avocat Waugh commettait une erreur lorsqu'il estimait que le contrat de promesse de mariage avait dans l'espèce pour considération l'abandon du fonds de commerce par la demanderesse. Il jugea qu'un tel contrat ne saurait avoir un caractère commercial et que la seule *consideration* à envisager est uniquement la promesse faite de part et d'autre de s'épouser; les clauses qui pourraient s'y ajouter ne sauraient modifier son caractère personnel.

L'affaire vint ensuite devant la Cour d'appel. Celle-ci rejeta formellement la demande mais en se plaçant sur un tout autre terrain. Les juges fondèrent leur décision sur l'absence de *corroboration* aux prétentions de la plaignante et Mr. Justice Swinfen Eady exprima l'opinion que le juge Lush n'aurait même pas dû soumettre l'affaire au jury.

Cependant les auteurs de cette décision n'esquivèrent pas entièrement le problème de l'action contre les exécuteurs en cas de *special damage*.

Mr. Justice Swinfen Eady dont quelques *dicta* sont cités par Eversley (1) émit quant à la solution une grande hésitation (*grave doubt*).

« Jusqu'à présent, fit-il observer, il n'y a pas de cas où des dommages de ce genre aient été recouvrés. L'action pour obtenir des dommages-intérêts en raison d'une rupture de promesse de mariage est une action anormale et alors que ces actions sont connues du droit depuis une date antérieure à 1651 (voir Baker, v. Smith 1651, Sty. 295) et que jamais des dommages n'ont été obtenus après la mort du promettant, la Cour adopterait probablement le point de vue que l'action ne doit pas être davantage étendue par une décision judiciaire. L'action est essentiellement une action en rupture prenant naissance dans les agissements personnels du défendeur et prenant fin à la mort du promettant ».

Et Mr. Justice Phillimore à son tour étudie longuement la question ; nous analysons et nous citons quelques-unes de ses observations dont il y a lieu de tirer des conclusions intéressantes ;

Tout d'abord, il estime que la portée de l'adage *Actio personalis* est tout à fait bien établie aujourd'hui (*pretty well-settled*).

Si c'est le défunt qui est demandeur, son *executor* ne peut obtenir en faveur du patrimoine du *de cujus* aucune réparation pour un préjudice porté à la personne physique et morale (sa vie durant). Et cette règle s'applique également s'il s'agit d'un préjudice découlant d'un *tort*, ou d'une rupture de contrat tel que celui que souscrit une C^o de chemin de fer qui s'engage à vous transporter sains et saufs, ou un chirurgien qui s'engage à opérer avec toute son habileté technique.

1. Eversley, *op. cit.*, ch. 5, Actions against executors.

Mais si le tort ou la rupture de contrat occasionne un préjudice au détriment du patrimoine du défunt, l'exécuteur peut recouvrer des dommages, limités à la réparation de ce préjudice spécial.

« Supposons maintenant que l'action soit introduite contre le défunt. S'il s'agit d'un *tort*, quelque léger puisse être l'élément quasi criminel... aucune action n'existerait contre l'exécuteur. Cette solution peut être considérée comme certaine depuis la décision rendue dans l'affaire *Hambly c. Trott*.

« Pour revenir à l'action spéciale en rupture de promesse de mariage, il semblerait donc qu'elle doive survivre contre l'exécuteur de celui qui a rompu le contrat ».

Mais, note le juge, « c'est une action d'un caractère spécial » et il observe, ainsi que nous le verrons plus loin, que les règles qui président à l'évaluation des dommages-intérêts sont celles qui sont par ailleurs appliquées aux seules actions nées de *torts*. Et le juge de rappeler en effet que l'on peut condamner le défendeur à des dommages exemplaires pour le punir (*punitive and exemplary damages*). De même, la mauvaise conduite du défendeur peut justifier l'augmentation du chiffre des dommages, bien qu'elle ne porte aucune atteinte au patrimoine du plaignant. Et il souligne l'analogie de cette action avec les actions nées des *torts*, analogie telle qu'on s'est demandé si en matière de succession il fallait donner à cette action un caractère contractuel ou délictuel.

Pour bien saisir la portée de la discussion en droit anglais, il convient de rappeler, pour le juriste continental, les traits originaux des règles de la dévolution successorale en droit anglais.

En droit français, le système est très simple ; l'héritier recueille tout le patrimoine avec son actif et son passif et il est tenu de toutes les dettes du *de cujus*, comprenant bien

entendu celles qui sont nées de délits ou quasi-délits (1). Et non seulement celles-ci se transmettent activement et passivement au profit des successeurs universels et contre eux (2) mais encore ceux-ci, on le sait, sont tenus *ultra vires successionis* sous réserve de la faculté de renonciation ou d'acceptation sous bénéfice d'inventaire. De sorte que dans les cas où notre jurisprudence admet que la rupture de promesses de mariage accompagnée de faute peut servir de base à une action en responsabilité civile, il n'est pas douteux que celle-ci puisse être exercée contre les héritiers du promettant décédé.

En effet, alors que chez nous « le mort saisit le vif, son hoir le plus proche, habile à lui succéder », et que par une théorie d'origine romaine et maintes fois discutée et critiquée, à tort croyons-nous, l'héritier continue la personne du défunt, en droit anglais au contraire tout patrimoine ne saurait être acquis à cause de mort qu'en vertu d'un don, d'une concession (*grant*) de l'autorité publique, solution d'origine féodale. Cette autorité c'est la Cour et plus spécialement la *Probate Divorce and Admiralty Division* qui désignera d'abord des *personal representatives* pour liquider la succession sous son autorité avant de remettre aux successeurs leur part et portion. Et ces *personal representatives* seront soit des *executors* lorsque le *de cuius* aura fait un testament, soit un *administrator* lorsqu'il meurt intestat. L'*executor* est généralement désigné par le testament et l'*administrator* par la Cour (3).

Ce sont ces *personal representatives*, ainsi mal nommés, semble-t-il, qui devront acquitter les dettes du défunt.

On comprend mieux dès lors ce principe que nous avons vu proclamer dans la décision résumée et analysée

1. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, introduction, ch. 4, nos 95 et 96, p. 112 (7^e éd).

2. R. P. Dalloz, v^o *Responsabilité civile*, n^o 589.

3. Voir l'exposé sommaire de la question dans Stephen, *op. cit.*, vol. II, ch. 16, p. 525.

à grands traits plus haut, que les *executors* représentent uniquement le patrimoine du défunt et non sa personne, et qu'ils ne sont jamais tenus des obligations nées à la charge du testateur à la suite d'un *tort*. L'action contre le *tortfeasor*, l'auteur du tort, s'éteint avec la mort de celui-ci par application de la fameuse maxime dont la portée est tant discutée : *Actio personalis moritur cum persona*.

CHAPITRE III

Résultat de l'action. Réparation du préjudice.

Autrefois les Cours ecclésiastiques ont accueilli des actions tendant à l'exécution forcée et directe des Promesses de mariage. Cette pratique fut abolie par le vote en 1753 du *Lord's Hardwick's Act*. St. 26 Géo. 2 C. 33, qui disposait qu'aucune action ne pourrait être intentée pour contraindre les parties à exécuter leur promesse, c'est-à-dire à s'épouser. Ce statut fut confirmé par le vote du *Marriage Act* en 1823 (St. 4 Geo. 4 c. 76). En sorte qu'aujourd'hui l'action en *breach of promise of marriage* n'est pas susceptible d'exécution directe et ne peut aboutir qu'à l'allocation de dommages intérêts (1).

Avant de pousser plus loin l'étude de cette question en matière de promesse de mariage, il nous paraît nécessaire de rappeler à grands traits la théorie générale des dommages-intérêts en droit anglais. Déjà les décisions de Justice que nous avons citées plus haut faisaient allusion à différentes catégories de dommages : *general damages*, *special damage*, *exemplary damages*, autant de termes et de notions qui ne sont pas familières au juriste continental et qu'il convient de préciser dès maintenant.

Le droit anglais distingue différentes catégories de dommages selon l'importance du montant et de l'étendue de la réparation ; c'est là une classification toute empirique et qui correspond bien aux disciplines intellectuelles des Anglo-Saxons.

1. Halsbury, *op. cit. eod.*, v^o sect. 2, n^o 497.

a) En premier lieu viennent les *contemptuous damages* qui consistent dans l'octroi d'une somme extrêmement minime au demandeur généralement 1 liard (0 fr. 42); le jury et la Cour entendent par là reconnaître qu'un droit a été atteint mais en même temps manifester leur mépris (*contempt*) pour l'action introduite par le demandeur. Ce genre de dommage ne se rencontre guère que dans les actions nées de *torts*, par exemple dans la diffamation.

b) Lorsque la Cour ou le jury reconnaissent que la demande est bien fondée, mais qu'il n'y a pas de préjudice réel, on accorde des *Nominal damages* que nous traduirons volontiers par dommages de principe et qui — on ne sait trop pourquoi — sont ordinairement fixés à la somme de 40 shillings. Ce n'est pas là, lit-on dans les Commentaires de Stephen, un chiffre cabalistique et on pourrait fixer un autre chiffre raisonnable (1). Mais ce dernier ne saurait jamais être bien élevé.

c) Nous citerons tout de suite les *exemplary or vindictive damages* qui consistent dans l'octroi d'une somme supérieure cette fois au préjudice effectivement subi dans le but de punir le défendeur et d'affirmer hautement la distinction entre un délinquant (*wronger*) de bonne foi et un délinquant de mauvaise foi.

Il y a là une sorte de peine privée dont la notion n'est pas absolument écartée de notre droit continental où elle semble bénéficier dans la doctrine d'un regain de faveur (2) mais qui s'affirme en droit anglais tout spécialement en matière de torts et précisément en matière de *breach of promise of marriage*. Nous aurons à revenir sur ce genre de dommages.

Disons enfin, pour en terminer avec cette terminologie, qu'on entend par *prospective damage* la réparation d'un

1. Stephen's, *op. cit.*, vol. III, ch. 14, p. 197.

2. Planiol et Ripert, t. 6, 2^e partie, ch. 6, sect. 2, n^o 683, p. 924; L. Hugueney, *L'Idée de peine privée en droit contemporain*, thèse, Dijon 1904, et *Revue critique*, 1906, p. 416; Jacomet, *Essai sur les sanctions civiles de caractère pénal*, thèse, Paris, 1905; G. Ripert, *Règle morale*, n^o 177.

préjudice futur et par *liquidated damages* des dommages-intérêts qui ont été évalués et déterminés soit par les parties soit par le juge ou le jury. On trouve la même expression dans notre Code de procédure (art. 128) et la liquidation des dommages et intérêts doit s'entendre, non de la constatation du droit à indemnité mais de l'évaluation en argent de cette indemnité (1).

Mais le type des dommages-intérêts normaux et habituels est représenté par ce qu'on appelle les *general or substantial damages* que nous avons déjà vu opposer aux *special damages*, et qui s'appliquent, nous dit Stephen, dans tous les cas où il n'y a aucune raison d'augmenter ou de diminuer le préjudice effectif, et dont nous devons dire quelques mots (2).

« Les *general damages* sont ceux que le droit présume lorsqu'un droit absolu, tel que le droit à la liberté individuelle, a été violé. Dans le cas par exemple d'une action pour détention arbitraire (*false imprisonment*), le droit présume que le demandeur a souffert un préjudice (*injury*) et puisqu'il a en tous cas droit à recouvrer une somme de principe, *nominal*, une fois le tort établi, il n'a pas besoin de la viser spécialement dans son *statement of claim* (conclusions) mais il lui suffit de l'affirmer d'une manière générale (*aver it generally*) dans ce *statement*. La question de savoir s'il obtiendra des dommages de principe (*nominal*) ou des dommages effectifs (*substantial damages*), dépendra du fait qu'il aura souffert ou non un préjudice effectif » (3).

« Les *general damages*, lisons-nous dans *Leak's of Contract* (4), sont la conséquence d'une violation de contrat ou d'autres actes préjudiciables indépendamment de toute espèce de circonstances spéciales, telles que la perte d'argent causée par le non paiement d'une dette, ou la privation de marchandise occasionnée par le défaut de livraison dans un contrat de vente ».

1. Japiot, *Traité élémentaire de procédure civile*, 3^e partie, liv. I, t. V, ch. 3, p. 380.

2. Stephens, *op. cit.*, vol. III, ch. 14, sect. I, p. 198.

3. Stephen's, *op. cit.*, vol. III, liv. II, ch. 19, p. 576.

4. *Leake Principle of the Law of Contracts*, 7^e éd., ch. I, sect. I. p. 781.

Le *special damage* au contraire consiste en un préjudice particulier souffert en raison de la violation de son obligation par le défendeur, mais que la loi n'estime pas être un dommage en découlant habituellement dans des cas semblables. (1)

C'est un dommage exceptionnel eu égard au contrat considéré, par exemple des conséquences éloignées dues au défaut de livraison d'une marchandise qui devait être livrée en vue d'un but spécial et déterminé.

Mais alors que le seul fait d'indiquer dans les conclusions (*statement of claim*) la rupture d'un contrat sans spécifier le préjudice permet à la Cour ou au jury d'allouer des *general damages*, il faut, si l'on prétend recouvrer des *special damages* préciser ce préjudice *special* et fournir dans le *statement of claim* des justifications par un compte détaillé (*particulars*). Nous avons vu dans les décisions citées et notamment dans l'affaire *Finlay v. Chirney* citée à propos de l'affaire *Quirck v. Thomas* la Cour appliquer cette procédure pour permettre au demandeur d'établir son prétendu *special damage* et l'autoriser à produire un compte détaillé (*particulars*) par *affidavit*, c'est-à-dire par une déclaration sous serment. On se souvient qu'en matière de *special damage* on a soutenu qu'une action était possible contre les *executors*.

Ces différences étant ainsi marquées, quelles sont les règles généralement applicables en droit anglais à la réparation du préjudice né de la rupture d'un contrat en matière de *general damages* ?

Tout d'abord, ils doivent représenter la perte effectivement subie par le demandeur et rien de plus. En effet le montant des *general damages* se mesure par la différence pécuniaire entre la situation du patrimoine du demandeur après la violation du contrat et celle qui aurait été la sienne si le contrat avait été exécuté (2).

1. Stephen's, *op. cit.*, vol. III liv. II, ch. 19, p. 576.

2. Leake, *op. cit. eod.*, ch. , p. 782. *Hall v. Conder*, 1857, 26 L. J. C. P. 138, A. C. B. N. S. 22 ; *Inchbalt v. Western Neilgherry Coffee Plantation*,

Il s'ensuit que les souffrances morales ou les affronts soufferts par le demandeur, ne pouvant pas s'apprécier en argent, ne peuvent entrer en ligne de compte en matière contractuelle dans l'allocation de *general damages*.

C'est ainsi qu'il a été jugé qu'un employé congédié à tort avait droit au salaire et aux commissions perdues mais ne pouvait prétendre à des dommages en raison de la façon brutale dont il avait été mis à la porte (*Addis v. Gramophone c^o 1909 A. C.* (1)).

2^o Les dommages-intérêts doivent représenter la conséquence naturelle et ordinaire de la violation du contrat.

Des dommages pourront être alloués non seulement pour un préjudice déjà né mais pour un préjudice futur (*prospective damage*) et tout comme dans notre droit il y a lieu de tenir compte non seulement du *damnum emergens* mais encore du *lucrum cessans*; encore faut-il que ce préjudice futur soit d'une probabilité raisonnable, c'est-à-dire ne soit pas hypothétique.

On estime que ce préjudice doit avoir été prévu par les parties et nous avons vu l'application de cette règle dans l'affaire *Quirk v. Thomas* :

« Il est impossible, dit le juge Lush, de penser que les parties ont prévu qu'elles faisaient un contrat engendrant des obligations commerciales lorsqu'elles ont traité » (*Dicta*, 1915 I. K. B., page 809).

Et, enfin, le préjudice doit être la conséquence immédiate de la violation du contrat, directement attribuable à la faute du défendeur, question délicate aussi bien en droit anglais qu'en droit français, et dont un juge à l'âme poétique a pu dire :

« C'est une règle vague... c'est comme si on avait à tracer une ligne de démarcation entre le jour et la nuit ;

1864, 34 L. J. C. P. 15 ; 17 C. B. N. 733 ; *Michael v. Hart et C^o*, 1902, 71 L. J. K. B., 265 ; 1902, I. K. B. 482 ; Stephen's, *op. cit.*, ch. 14, sect. I, p. 201.

1. Cité par Stephen's.

il y a une longue durée de crépuscule où ce n'est ni le jour ni la nuit » (1).

C'est en tout cas au juge de décider, et non au jury.

Il nous est impossible de nous étendre davantage sur ces considérations générales sans sortir du sujet qui nous intéresse et nous pensons en avoir assez dit pour pouvoir utilement étudier le système suivi par le droit anglais en matière de *breach of promise of marriage*.

Et tout de suite nous sommes surpris de voir que le principe général que nous avons posé pour l'évaluation des dommages-intérêts en matière de contrat ne trouve pas ici son application.

Le dommage n'est plus conçu comme une somme d'argent tendant à représenter la perte effectivement subie par le demandeur. Sans doute, on envisagera la perte d'une meilleure situation dans la vie (*the loss of positive advancement in the world-the loss of establishment for life*) (2) et le mariage est considéré comme tel ; dès lors « la déception de l'espérance raisonnable de cet avantage » (3) doit être compensée par des dommages pécuniaires.

Mais on tiendra compte également des cœurs brisés (*injured feelings*), des années gâchées (*wasted years*), et le jury fera entrer en ligne de compte lorsqu'il aura à évaluer le préjudice ce que l'on appelle — et le lyrisme pénètre dans la terminologie austère des *lawyers* — des *sentimental damages*.

Enfin, on n'hésitera pas à infliger à l'auteur de la rupture des *exemplary damages* pour le punir de ses agissements.

Qui ne voit que nous nous écartons totalement des règles suivies en matière contractuelle pour glisser insensiblement sur le terrain des *torts* ?

Tous les auteurs sont d'accord sur ce point. On lit dans

1. Blackburn dans *J. Hobbs v. L. et S. W. Ry*, 1875, 44 L. J. Q. B. 49 ; L. R. 10 Q. B. 121.

2. Eversley, *op. cit.*, ch. 5 ; Halsbury, *op. cit. eod.*, v^o n^o 508.

3. Eversley, *ibid.*

le *Mayne's Treatise on Damages*, à propos de l'action en *breach of promise* que

« Strictement ces actions auraient dû être étudiées sous le chef des contrats dans une partie antérieure de cet ouvrage. Cependant elles sont d'une nature si exceptionnelle et si intimement liées aux actions pour séduction, quant aux preuves qui peuvent être produites, que j'ai pensé qu'il était plus commode d'en différer l'étude jusqu'à maintenant » (1).

Tous les auteurs sont d'accord pour affirmer que les dommages en cas de violation de contrat sont restreints aux préjudices susceptibles d'évaluation pécuniaire (2).

« Les dommages en cas de violation de contrat, écrit Anson, ont un but de réparation et non de punition. Dès lors un demandeur ne peut jamais recouvrer plus que la perte pécuniaire qu'il a subie » (3).

Et tous reconnaissent avec le même ensemble que l'action en *breach of promise* présente à cet égard une exception à la règle et que les dommages alloués quant à leur nature et à leur évaluation présentent un caractère nettement délictuel.

« Le *contract to marry* a toujours été considéré comme une exception ; et en fixant les dommages pour une rupture de promesse de mariage, on peut réparer non seulement la perte d'une situation pour la vie (*establishment of life*), mais encore l'atteinte portée aux sentiments de la personne (4).

1. *Mayne's Treatise on Damages*, 1^{re} ed., by Frank Gahan M. A. B. C. L. LL. B. of the Inner Temple and South Eastern circuit, Barrister at law, Ch. 21, Personal Torts, p. 481.

2. *Principles of the Law of Contracts* by the late S ; Martin Leake, barrister at law, 7^e ed., by A. E. Randall of Lincoln Inn Barrister at law, Part 5, chap. 1, sect. 1, p. 787.

3. *Principles of the English Law of Contract* by sir William R. Anson, Bart. D. C. L. of the Inner Temple Barrister at Law, Warden of all souls College Oxford, 6^e ed., Part 6, Ch. III, p. 307.

4. Leake, *ibid.*

Et Anson enseigné qu'

« à cette règle la rupture de promesse de mariage fait exception ; dans ces cas les sentiments de la personne victime sont pris en considération, en plus de la perte pécuniaire qui aura pu en résulter » (1).

Voilà pour la nature du préjudice à réparer ; mais pour la fixation et l'évaluation, nous sommes là encore sur le terrain des torts à tous égards.

« Il est inutile, lit-on dans *Mayne's*, de souligner que toute tentative de fixer une mesure aux dommages-intérêts serait vaine eu égard à ce genre de procès ; il va de pair avec les actions en diffamation (*libel*) quant au genre d'arguments que les avocats peuvent se laisser aller à invoquer. Et même le cliché classique du Juge lorsqu'il dirige le jury — dans son résumé (*summing up*) — qui consiste à conseiller à celui-ci de tempérer les dommages ne conduit à aucune idée nette et précise ».

Et cet auteur cite les cas de l'affaire *Finlay v. Chirney* où l'action en rupture de promesse de mariage a été définie par le juge Bowen comme

« Basée sans doute sur l'hypothèse de la violation d'un contrat mais cependant liée aux conséquences spéciales d'un préjudice personnel et dans lequel des dommages-intérêts peuvent être accordés dans un but vindicatif et de manière indéterminée non seulement pour réparer le dommage matériel du demandeur, mais pour punir le défendeur d'une façon exemplaire ».

Nous sortons ici — autant qu'on en peut juger d'après nos conceptions continentales — non seulement du domaine des contrats mais même de celui des délits purement civils pour empiéter sur le domaine d'une sorte de droit pénal privé consistant à infliger au défendeur des amendes absolument arbitraires et livrées à l'appréciation d'un jury que les *learned counsels* cherchent à impression-

1. Anson, *ibid.*

ner avec toutes les ressources de leur éloquence et de leurs arguments.

Ce système que nous n'admirons certes pas, est en effet aggravé du fait que le jury a, quant au quantum des dommages, un pouvoir souverain d'appréciation.

Aussi nous ne pouvons que donner au lecteur une énumération des peines infligées au profit de la victime dans diverses actions de ce genre, si nous voulons avoir quelque idée de la manière dont le jury évalue des dommages propres à réparer les cœurs brisés ou à punir exemplairement les défendeurs qui ont commis une lourde faute ou qui sont supposés tels :

	En livres
Harrison v. Cage 1698. Ld. Raym. 386.....	400
Daniel v. Bowles 1826 2 C et P.....	1.500
Wharton v. Lewis I. C. et P. 529.....	150
Foote v. Hayne 1824 C ^o P 545.....	3.000
Berry v. Dacosta 1866 35 L. J. C. P. 191.....	2.500
Irving v. Greenwood 1824 I C. et P. 350.....	500
Wood v. Hürd 1835 2 N. C. 166.....	3.500
Rosenburg v. James 5 mai 1928.....	35
Vernon v. Bell 17 mai 1928 Times L. R. 18 mai..	1.000
Reid. v. Grey 11 juin 1928	600

Sans doute parfois le jury tient compte de circonstances spéciales et des directives du Juge, qui n'ont pas toujours, tant s'en faut, pour objet de tempérer les dommages ; dans l'affaire *Vernon v. Bell* où le fiancé, un chirurgien de la face, avait non seulement offert un anneau à sa fiancée, une secrétaire dactylographe, mais avait même fait publier les fiançailles dans la presse, le Lord Chief Justice n'hésita pas à donner au jury de fermes conseils de sévérité dans les termes que nous citons pour faire apprécier au lecteur l'éloquence d'un *summing up* de Sa Seigneurie (*His Lordship*) le juge :

« Je me souviens lorsque j'étais au barreau (*at the bar*) écoutant un éminent avocat qui se présentait pour le défendeur dans un cas de *breach of promise of marriage* et

décrivait son client dans un langage empreint de la plus extrême et désagréable précision. Il disait au jury : « Vous voyez cette créature assise ici. Pensez-vous que cette femme ou toute autre femme puisse avoir perdu quelque chose en n'épousant pas une créature comme cela ? (*rires*). Il est concevable qu'un tribunal puisse dire en se plaçant au point de vue de cette défenderesse que toute femme qui a aussi heureusement échappé au mariage avec cet homme a droit aux plus chaudes félicitations ».

Mais ce ne serait pas une bonne façon d'apprécier cette affaire. Miss Vernon aimait M. Bell. Elle envisageait une vie d'affaire, pleine de succès et une vie conjugale heureuse. M. Bell n'était pas sans argent. Grâce à de la publicité il avait pratiqué depuis 1903, et avait, avec succès, traité des milliers de cas ; en un mois, il a pu gagner £ 272 ».

Et le Chief Justice estimait que le jury ne devait pas se contenter d'allouer à la demanderesse une somme destinée à réparer le préjudice mais encore devait viser à punir M. Bell de façon exemplaire.

Le lecteur jugera peut-être que M. Bell n'a pas payé trop cher la publicité que lui a faite le Lord Chief Justice, mais en même temps, il aura observé que l'on tient compte de la situation de fortune du défendeur.

C'est ainsi que dans l'affaire *Wood v. Hurd* où les dommages s'élèvent à 3.500 £ la décision du jury se fonde sur le fait que M. Hurd avait une grosse fortune. Dans une affaire où c'était le fiancé qui était demandeur, il fut décidé que la somme de £ 400 n'était pas excessive, la défenderesse ayant une fortune de £ 3000 au moment de la promesse et cette fortune se trouvant doublée à la suite de la mort de son frère (*Harrison v. Cage*).

Naturellement la séduction est une cause d'aggravation des dommages. Dans l'affaire *Berry v. Dacosta* (1) il a été jugé que ce n'était pas mal diriger le jury que de lui dire qu'il pouvait « prendre en considération le fait que la plai-

1. Cité par *Mayne's Treatise on damages*, p. 482.

gnante avait moins de chance d'en épouser un autre et de souligner la différence de situation où elle se trouvait en retournant chez ses parents non comme une membre respecté et vertueux de la famille, mais comme une femme honteuse », et précisément il a été jugé qu'on pouvait parfaitement alléguer la séduction dans le *statement of claim* comme aggravation des dommages (1).

Au contraire le jury diminuera les dommages dans certains cas où la faute du défendeur lui paraîtra presque justifiée. Si dans l'affaire *Rosenburg v. James* les dommages ne sont fixés qu'à £ 35, c'est que le défendeur prétendait que sa fiancée avait la tuberculose, à quoi celle-ci répondait qu'il le savait lorsqu'il a promis le mariage, ce qui, nous le verrons, fait échouer la fin de non-recevoir (2).

Le juge anglais a autorisé le défendeur à établir que ses parents désapprouvaient son mariage avec la demanderesse, ce fait pouvant donner lieu à une diminution des dommages-intérêts (3).

Bref, rien de plus arbitraire que la méthode d'évaluation et de fixation des dommages-intérêts. Sur ce point comme au point de vue de la preuve, le droit anglais se place nettement sur le terrain des *torts*.

Aussi bien n'est-ce pas le juge Phillimore qui dans l'affaire *Quirk v. Thomas* exposait que notre action est bien une action de violation de contrat et devrait donc, semble-t-il, survivre contre l'*executor* de celui qui a violé le contrat, mais que « c'est une action d'un caractère spécial dans laquelle des dommages peuvent être fixés suivant des règles applicables dans certaines actions de torts ». Et il se demande si les dommages supplémentaires ne doivent pas être considérés comme naissant d'un *quasi-tort* en raison des agissements délictueux de la partie qui rompt.

Nous aurons dans notre conclusion à apprécier ce système dans son ensemble. Disons qu'il est très difficile en

1. *Finley c. Chirney, prec.*

2. *Times*, L. R., n° du 5 mai 1928.

3. *Irving v. Greenwood*, 1 C. et P. 350.

général, et sur ce terrain en particulier, de distinguer la faute contractuelle de la faute délictuelle. Disons aussi que si dans notre droit, l'intérêt de la question se révèle surtout dans la matière des preuves, en droit anglais son importance est bien plus grande en raison :

1^o De la règle qui veut que l'action en responsabilité s'éteigne à la mort de l'auteur du tort (*torfeasor*).

2^o En raison de la règle qui interdit aux mineurs de ratifier valablement les contrats passés au cours de leur minorité.

3^o Enfin, pour l'évaluation et la fixation des dommages.

CHAPITRE IV

« Fins de non-recevoir ou defences »

Naturellement, il appartient au demandeur de prouver l'existence d'un *contract to marry* et l'action ne peut aboutir, nous l'avons vu, que si les éléments ordinaires d'un contrat ne font pas défaut et si celui-ci n'est pas contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs.

La plupart des fins de non-recevoir en notre matière sont fondées sur ce que les Anglais appellent la *misrepresentation*, notion qui se rattache à la fois à l'idée d'erreur et à l'idée de dol et dont il nous faut bien prendre conscience pour apprécier son application à la rupture des promesses de mariage.

Au point de vue linguistique, erreur se traduit par *mistake* et en droit anglais, une *mistake* est en effet un vice de consentement qui rend le contrat non pas seulement nul mais inexistant. Mais cette notion d'erreur est beaucoup moins compréhensive que celle que nous connaissons en droit français. « L'erreur n'anéantit un contrat que si elle présente un caractère tellement fondamental qu'elle détruit le consentement entre les parties » (1). La notion d'erreur en droit anglais est aussi étroite que celle du droit romain. Et Stephen dans ses Commentaires rappelle le principe de Paul. Est seule admise l'*error in corpore* ou l'erreur sur la substance de l'objet, dans sa conception la plus stricte. Quant à l'erreur sur la personne elle paraît régie par les mêmes principes qui ont dicté à

1. Stephen's, *op. cit.*, vol. III, l. I, ch. 7, p. 103 et suiv.

notre législateur l'art. 1110 du Code civil. Elle n'est une cause de nullité que quand la considération de la personne a été la cause principale de la convention. Mais alors que nous pensons ici que l'erreur peut porter sur une qualité de la personne qu'on avait spécialement en vue en contractant, les Anglais l'interprètent comme l'erreur sur l'identité de la personne avec le sens étroit que nous donnons généralement à ce vice pour la nullité du mariage. La découverte d'un grave défaut ou d'une maladie ne permettra donc pas de faire annuler le *contract to marry* pour cause d'erreur sur la personne. Et la *mistake* ne jouera que dans le cas purement théorique où j'ai cru faire une promesse de mariage à une personne alors que je l'ai faite à une autre.

Et cependant on a pu observer qu'en Angleterre il y a plus d'annulations de contrats qu'en France (1). C'est que les Anglais diminuent beaucoup l'importance pratique de leur conception étroite de l'erreur par l'application de la notion de *misrepresentation*. Il y a *misrepresentation* lorsqu'une des parties n'a pas conçu la situation telle qu'elle était en réalité. Un des contractants a affirmé à l'autre quelque chose d'inexact. Cette affirmation inexacte n'a pas besoin pour rendre le contrat annulable, d'être faite de mauvaise foi. Toutefois dans ce dernier cas il n'y a pas seulement *misrepresentation*, il y a *fraud* (dol), autre vice du consentement qui nous est aussi familier que la *duress* (violence).

En cas de *fraud*, la victime aura droit sur le terrain des torts à des dommages-intérêts.

Voyons maintenant l'application de cette théorie de la *misrepresentation* en matière d'action en *breach of promise*.

Le défendeur peut opposer une fin de non recevoir tirée du fait que le demandeur lui a fait sur certains détails matériels, notamment sur sa situation personnelle ou celle de

1. M. Dessertaux dans son cours.

sa famille des déclarations inexactes ; ou même simplement lui a caché des circonstances qui l'auraient déterminé, s'il les avait connues, à ne pas promettre.

Dans une affaire *Wharton v. Lewis* (1), le défendeur ne niait pas avoir fait une promesse de mariage. Mais il opposait aux prétentions de la demanderesse une fin de non-recevoir tirée de ce que sa promesse avait été faite en raison d'une « représentation frauduleuse et fausse de la situation antérieure de la fiancée et de la famille ». C'est ainsi que le frère de la demanderesse avait affirmé au défendeur avant la promesse que leur père leur laisserait à sa mort une certaine fortune alors qu'en fait, ce dernier venait quelque temps auparavant d'obtenir un concordat de ses créanciers. Par surcroît, une lettre anonyme lui apprit que Miss Wharton avait été servante dans un bar et avait exercé le métier de modiste à Oxford avec une femme que l'on surveillait. Et malgré les dénégations de la famille, ces faits lui furent confirmés et il apprit que le *proctor* de l'Université d'Oxford avait donné ordre au *marshall* de l'université de tenir à l'œil la maison où elles habitaient.

Le Chief Justice Abbott laissa au jury le soin de décider si le défendeur avait vraiment agi sous le coup d'une *false representation* ou « suppression volontaire de la vérité » (*wilful suppression of the truth*),

« Car si vraiment, dit le Chief Justice, il a été incité à poursuivre les relations par *misrepresentation*, ou par suppression consciente de la situation réelle de la famille, et des circonstances de la vie antérieure de la demanderesse, cela constituerait une bonne défense à l'action et le verdict devrait être rendu en faveur du défendeur ».

Citons aussi l'affaire *Foote v. Hayne* (1) qui dut taire quelque bruit à l'époque (1824) puisqu'elle mettait sur la scène de la Cour de Justice une actrice célèbre, miss Foote,

1. I. C. et P. 529.

2. 1824, I. C. et P. 545. 546.

qui alléguait plusieurs promesses de mariage distinctes de la part du défendeur.

M. Hayne opposa la *misrepresentation* née des agissements tant de la demanderesse que de ses parents. Celle-ci en effet lui avait répondu qu'elle ne pouvait donner de réponse parce qu'elle avait fait une promesse de mariage au colonel Berkeley et qu'elle devait d'abord régler cette affaire. En fait, à cette époque, elle était enceinte et alors qu'elle avait quitté Londres pour son second accouchement, elle avait déjà eu un enfant du même colonel ; de son côté son père écrivait à Hayne des lettres la concernant et lui faisant croire qu'elle était à Londres.

Le Chief Justice Abbott admit le défendeur à établir ces faits qui constituaient une bonne défense fondée sur le *misrepresentation*.

Le jury anglais ne put-il résister aux charmes de la jolie actrice ? Toujours est-il en fait que le jury ne considéra pas les faits constitutifs de la fin de non-recevoir comme suffisamment établis et rendit un verdict en faveur de la demanderesse qui encaissa la coquette somme de £ 3000.

Plus heureux fut M. Sellway qui, à la demande de Miss Foulkes (1) opposa une fin de non-recevoir fondée sur ce fait qu'il avait découvert que cette femme avait une mauvaise réputation (*bad character*).

Le procès est intéressant au point de vue de la procédure de la preuve et nous aurons à y faire allusion ; toujours est-il que le défendeur fut autorisé à établir la mauvaise réputation et put donner un exemple d'inconduite grossière.

Lord Kenyon estima en effet que :

« La réputation était le seul point en question. La mauvaise conduite de la demanderesse était de notoriété publique et dans l'espèce, la notoriété publique constituait une preuve bien établie ».

1. Cf. *Foulkes v. Sellway*, 6 décembre 1800, 3 Esp. 236.

Et cette fois, le jury rendit un verdict en faveur du défendeur. On peut dire que la foi qu'avait celui-ci dans la bonne conduite de la demanderesse constituait une *representation* qui se trouvait inexacte.

En général, le fait de découvrir après la promesse de mariage que la femme avait une mauvaise conduite, ou était une personne immorale (*immodest, lewd, unchaste and immoral*) ou qu'elle était enceinte d'un enfant dont le défendeur n'était pas l'auteur, constitue une fin de non recevoir qui fait échec à l'action (1).

Toutefois, cette fin de non recevoir ne peut jouer s'il est établi que le défendeur connaissait cet état de choses au moment de la promesse. Dans l'affaire *Irving v. Greenwood* (2) le Chief Justice Abbott dans son *summing up* adressé au jury, posa nettement le principe de l'existence d'une fin de non recevoir lorsque le défendeur découvrait que la femme était déshonnête et de mœurs relâchées (*a loose and immodest woman*) : si donc le jury était convaincu de ce fait, il devait rendre un verdict en faveur du défendeur. Mais il ajoutait :

...« Ils (les membres du jury) doivent aussi avoir la conviction que le défendeur ignorait sa conduite au moment où il a fait sa promesse car si un homme promet le mariage à une femme de ce genre en connaissance de cause, il est tenu ».

C'est bien sur le terrain de la *misrepresentation* que se place le juge, et non ici sur le terrain de la morale.

Est-ce une bonne défense que d'opposer à une action en *breach of promise* le fait que, depuis la promesse, le demandeur, un homme dans l'espèce, s'est conduit de manière brutale, violente, et grossière et la défenderesse ne put-elle soutenir qu'elle ne peut compromettre le bonheur de toute sa vie en se liant à un tel homme ?

1. Cf. *Young v. Murphy* 3 Scoot's 379-788, 1836, avec les considérations de Lord Tindal C. J.

2. 14 juillet 1824, I. C. et p. 350.

Ce fut l'opinion de Lord Ellenborough dans l'affaire *Leeds v. Cook and others*, 4 Esp. 257.

Mais le juge estima que dans l'espèce les façons grossières de l'homme ne pouvaient que permettre une atténuation du montant des dommages-intérêts.

Il peut y avoir aussi *misrepresentation* quant à la fortune du demandeur ; nous l'avons vu dans l'affaire *Wharton v. Lewis* ; on s'est demandé à cet égard si le fait, pour la femme de vouloir adopter le régime de séparation de biens malgré les désirs de son fiancé donnait à celui-ci une juste cause de rupture. Il semble qu'on admette que le fiancé ayant pu compter partager la fortune de sa femme ait été victime d'une *misrepresentation* (1).

Un cas bien connu de fin de non recevoir est la découverte d'une maladie ou d'une incapacité physique après la promesse. C'est d'autant plus évident que cela constitue même un cas de nullité du mariage lui-même. Mais personne ne peut rompre en invoquant sa propre infirmité (*Hall v. Wright*) (2). C'est évidemment au défendeur d'apporter la preuve de la maladie ou de l'infirmité du demandeur suivant l'adage *reus in excipiendo fit actor*. Cette obligation a donné lieu notamment, en matière de tuberculose à de sérieuses difficultés. Dans une affaire *Jefferson v. Paskell* (3), où la demanderesse donnait des preuves de sa bonne santé, mais où le défendeur croyait de bonne foi à la maladie de sa fiancée il a été jugé que la fin de non recevoir était irrecevable, mais que les dommages devaient être atténués.

Quant à la folie, on peut l'invoquer si elle survient au moment de la rupture ; mais l'exception ne saurait être accueillie si on se contente de prouver qu'autrefois le demandeur a donné des signes d'aliénation mentale alors que depuis il se porte très bien (4).

1. Eversley, *op. cit.*, ch. 5, Defences, 2.

2. 1858, E. B. et E. 746-29 L. J. Q. B. 43.

3. 1916, I. K. B. 57.

4. *Baker v. Cartwright*, 10 C. B. (N. S.) 124 ; 30 L. J. C. P. 364, *Liddell v. Easton's Trustees*, 1907 S. C. 154.

Dans une affaire *Rosenburg v. James* plaidée le 4 mai 1928 (1) devant M. Justice Acton et un *common jury*, le juge affirma encore ce principe dans son *summing up* :

« Il n'y a aucune raison qu'un homme ne soit pas tenu par sa promesse d'épouser une sourde muette ou une paralytique dès lors qu'il connaissait cette infirmité au moment ou à l'époque de la promesse... C'est au défendeur de prouver qu'une infirmité corporelle est survenue après la promesse pour justifier son refus ».

On peut regretter que la jurisprudence se montre aussi rigoureuse sur un terrain où l'intérêt de la race est si gravement en jeu mais il semble bien que les infirmités physiques ou mentales légères ne constituent pas une exception, même lorsqu'elles sont découvertes après la promesse de mariage.

Il est à peine besoin de dire que s'il apparaît que les parties ont rompu d'un mutuel accord, l'action est vouée à un échec, et cet accord peut se déduire de l'attitude des parties qui auront de part et d'autre cessé de se voir ou de correspondre pendant un certain temps, par exemple deux ans (2) ; c'est l'exception de *release*.

Bien entendu, le défendeur ne peut exciper de ce fait que lui-même s'était auparavant engagé envers une tierce personne, mais s'il découvre que le demandeur s'était déjà engagé auparavant, et n'avait pas rompu, il y a de la part de ce dernier un dol (*fraudulous concealment*) qui peut l'empêcher de recouvrer des dommages (3).

1. Times L. R., 5 mai 1928.

2. *King v. Gillet*, 7 M. et W. 55 v. Bomford, 1861, 6 H. et N. 245 ; 30 L. J. Ex. 139, cités par Everley.

3. *Beachey v. Brown*, 1860, E. B. et E. 796 ; L. J. Q. B. 652.

CHAPITRE V

Procédure de l'action.

COMPÉTENCE.

C'est la Haute-Cour qui est seule compétente pour connaître des procès en *breach of promise*, soit que l'affaire vienne à Londres, soit qu'elle soit plaidée en *nisi prius* dans les circuits d'assises.

Les cours de comtés sont donc incompetentes ; mais cette incompetance ne paraît pas être d'ordre public et il semble que les parties d'un commun accord puissent intenter leur action devant cette juridiction (1).

PROCÉDURE.

L'action est introduite comme toutes les autres actions par un *Writ* que nous traduirons par exploit d'ajournement. Par ce *writ* le demandeur (*plaintiff*) réclame des dommages-intérêts pour *breach of promise of marriage*.

Puis vient la comparution (*appearance*) du défendeur ; qui consiste à signer sur le registre de la Cour pour signifier qu'il entend se porter défendeur de l'action.

C'est alors que le demandeur fait notifier au défendeur des « *summons for directions* », acte qui consiste essentiellement en une assignation signifiée au défendeur et l'invitant à comparaître devant la Cour pour y voir régler d'avance la marche de la procédure » (1).

1. Masson, *op. cit.*, p. 141.

Un des 15 maîtres de la Cour Suprême (*Masters of the court*), auxiliaires importants des juges, recrutés parmi les avocats ayant au moins cinq ans de barreau, dresse un *order for direction* qui est un petit programme de la procédure à suivre. Il indique à la fin le nom du Juge et s'il y a lieu des jurés spéciaux dont la liste est dressée par le *sheriff* de chaque comté.

Viennent ensuite les *pleadings* qu'il faudrait bien se garder de traduire par plaidoiries ; nous les avons traduits au cours de ce travail par le mot « conclusions ». A vrai dire lisons nous dans M. Masson : « C'est un exposé des faits purement matériels allégués par chacune des parties sans indication des preuves que l'on entend faire valoir à l'appui » et M. Masson estime qu'on ne peut les traduire par conclusions (1).

Cette opinion nous paraît exagérée. Les conclusions ne font pas allusion aux moyens de preuve pour une raison très simple en notre matière, c'est que l'enquête a lieu à la barre et qu'il n'y a pas lieu comme dans notre procédure civile de l'autoriser par un jugement ni de commettre un juge pour l'audition des témoins. On trouve dans de nombreux dossiers de petites affaires civiles des conclusions très brèves dites conclusions de forme rédigées à la hâte par les avoués dans des termes généraux et qui n'ont guère plus complètes que les actes suivants :

1. *Statements of claim.*
2. *Statement of defence.*
3. *Reply et counter claim*, s'il y a lieu, dont l'ensemble constitue les *pleadings*.

Voici d'ailleurs, à titre d'échantillon, la copie d'un *Statement of claim* en matière de rupture de promesse de mariage.

1. Masson, *op. cit.*, p. 143.

1922 B n° 3898

In the Court of Justice King's Bench Division

Entre : x..... *plaintiff*
Et : *defendant*

Writ émis le 25^e jour de juillet 1922.

STATEMENT OF CLAIM

1. Le ou aux environs du 12^e jour de mars 1921 et à diverses époques subséquentes, le *plaintiff* et le *defendant* se sont verbalement et mutuellement promis le mariage.

2. Le ou aux environs du... jour..... 1922 le *plaintiff* et le *defendant* se sont promis de se marier à la date du 6^e jour d'août 1922.

3. En tous cas le *plaintiff* se réfère au § 1 ci-dessus et prétend qu'il y avait une condition implicite de ladite promesse que le *plaintiff* et le *defendant* s'épouseraient au bout d'un « *reasonable time* » (laps de temps raisonnable) et que ce laps de temps raisonnable était écoulé lorsque l'action a été intentée.

4. En raison et comme conséquence de ladite promesse du défendant, le *plaintiff* a engagé des dépenses diverses : achat d'un trousseau et divers objets de mobiliers et articles de ménage.

5. Par une lettre non datée écrite par le *defendant* et reçue par le *plaintiff* environ le 4^e jour de juillet 1922 le *defendant* a informé le *plaintiff* qu'il refusait d'exécuter ladite promesse de mariage, bien que le *plaintiff* à toute occasion eut été prêt et disposé à épouser le défendant.

6. En conséquence de la rupture de promesse de mariage du défendant le *plaintiff* est tombé malade et fut forcé de prendre une semaine de convalescence et dut visiter un médecin.

Compte détaillé (*Particulars*) du *Special damage* :

Coût du trousseau et mobilier..... £ 70
déduction faite de la vente forcée
Coût des frais médicaux nécessaires.... £ 10

Et le *plaintiff* réclame £..... de dommages-intérêts. Délivré par MM..... Le... jour de..... 1922.

Signature des *Solicitors du Plaintiff*,

Nous en arrivons à l'audience pour le *trial*. Revenons

donc à la salle d'audience de la King's Bench division que nous avons quittée à notre Introduction. Un public nombreux alléché par ce genre de procès occupe les gradins jusqu'au banc des *Members of the Bar* disposés en amphithéâtre face au siège (*Bench*). On se montre au premier banc, réservé aux *King's Counsels*, Sir Henry Maddocks, qui, ayant chaussé ses lunettes, jette un dernier coup d'œil sur son dossier (*brief*) et s'entretient avec son *junior* ou avec les *solicitors* assis derrière lui.

On chuchotte à l'entrée du défendeur l'ex-capitaine de bateau Frank Gray, qui porte bien ses 60 ans avec sa moustache blanche à la Lloyd Georg ; il a gagné le siège réservé aux parties devant les avocats et s'entretient avec son conseil, M. Wilfrid Lewis lequel n'ayant pas encore le privilège de la jaquette, du collet et des manches de soie qui distinguent les savants conseillers (*learned Counsels*) de S. M., n'est pas assisté par un *junior*. Des sourires fusent à l'arrivée de Miss Reid. Mais un silence absolu se fait soudain. Tout le monde se lève avec un profond respect. L'huissier (*usher*) vient d'annoncer la Cour et Mr. Justice Hawk impressionnant dans sa robe rouge et sous sa perruque vient de faire son entrée et de gagner son siège d'où il domine vraiment tout le prétoire, assis dans un immense fauteuil sous un dais marqué aux armes royales. Les avocats se sont profondément inclinés et le juge avant de s'asseoir leur a gravement et aimablement rendu leur salut.

Les membres du jury ont prêté serment et Mr. Justice Hawke invite l'avocat de la plaignante à ouvrir le procès (*open the case*).

Après un bref exposé des faits par le *junior*, Sir Henry raconte comment Mrs. Reid, autrefois dame de compagnie, rencontra pour la première fois Mr. Gray en 1915 pendant un voyage des Indes en Angleterre ; elle avait alors 23 ans et le capitaine, un veuf, était âgé de 47 ans. A cette époque elle refusa ses propositions.

En 1918, il lui donna rendez-vous à Londres et la pré-

senta à ses sœurs, « deux charmantes jeunes filles » insinua aimablement Sir Henry. Mais sur les entrefaites elle apprit que Gray venait de se remarier. Il est vrai qu'en 1926 il lui écrivait à nouveau qu'il venait d'obtenir le divorce. Et en décembre de la même année il écrivait à Miss Reid alors en Amérique qu'il était libre cette fois. « Je ne suis plus un jeune homme, écrivait-il, mais j'aimerais avoir la compagnie d'une brave femme comme vous » (*sic*)... Et il lui demandait si elle savait tenir une maison. « Ma très chère vieille fille (*sic*), écrivait-il peu après, j'attends anxieusement une réponse à ma dernière lettre vous demandant si vous étiez prête à veiller sur votre vieil homme pendant le reste de sa vie, prendre soin de lui et lui tenir les pieds au chaud. Eprouvez-moi, Bella, et je ne vous faillirai pas à tous égards ».

On juge si la lecture de cette correspondance agrémentée de commentaires caustiques par Sir Henry eut quelque succès. Le public encouragé par le sourire du juge manifestait une silencieuse et respectueuse hilarité.

Sir Henry donna lecture d'une correspondance établissant nettement la promesse.

Mr. Gray n'avait jamais tenu sa promesse, invoquant sa santé, sa situation, etc...

Et Sir Henry réclamait non seulement des *general damages* habituels pour le cœur brisé et les années perdues, (*injured feelings and wasted years*) mais de plus il invoquait un *special damage*, savoir les frais du voyage de retour des Etats-Unis, en vue du mariage.

Puis le King's Counsel fit comparaître ses témoins pour l'examen principal. On sait en effet qu'en Angleterre les enquêtes ont toujours lieu à la barre; les témoins sont interrogés par l'avocat qui les a fait citer (*examination*), puis par l'avocat de l'adversaire (*cross examination*), et souvent interrogés à nouveau par le premier (*re-examination*). C'est là que l'on juge de l'habileté et de l'expérience de l'avocat. C'est là son rôle essentiel. Les manuels de la profession d'avocat sont presque entièrement consacrés à l'art d'in-

terroger. Les règles de la preuve sont d'ailleurs assez strictes. Les témoins ne sauraient avoir à déposer comme témoins de seconde main sur ce qu'ils ont entendu dire par une tierce personne. Notons au hasard, dans un procès en rupture de promesse de mariage, un incident de ce genre dans l'affaire *Foulkes c. Sellway* déjà citée (1) et où il a été jugé qu'il ne faut pas confondre un témoignage indirect de seconde main avec la « notoriété publique » qui est un mode de preuve efficace. Dans un « Aperçu sur la profession d'avocat » Mr. Richard Harris Esq. K. C. considère que l'*examination in chief* est la partie la plus importante de la fonction de l'avocat et, donnant des conseils aux jeunes, il les incite à la prudence de manière à tirer du témoin tout ce qui est possible pour convaincre les membres du jury. Il n'hésite pas à leur suggérer d'utiliser de temps en temps l'humour qui, « introduit à propos », est une des qualités les plus insinuantes et un des dons les plus fascinants et les plus riches en succès d'un avocat (2).

On imagine volontiers que dans de tels procès l'humour n'est que trop facile et Sir Henry s'en donna à cœur joie en attendant qu'au cours de la *cross examination* M. Wilfrid Lewis lui rendît la pareille.

Les témoins pressurés comme des citrons par les deux adversaires descendaient du box, sorte de chaire à prêcher très haut perchée face au jury, et à côté du juge, cramoisis et, on l'imagine volontiers, avec une hâte bien compréhensible de se soustraire enfin à ce sport très peu enviable à notre avis. Cependant, lorsqu'on admet la preuve testimoniale, le système anglais semble infiniment préférable au nôtre. Nos témoins, entendus par un juge commissaire sur les points articulés par les parties, vaguement interrogés par les avoués ou leur principal clerc, font une déposition assez terne consignée par écrit et dont

1. Cf. *supra*, p. 108.

2. Hints on advocacy, by Richard Harris Esq. K. C., 12^e éd., 1903, p. 29, 30 et suiv.

le Tribunal n'aura qu'un pâle reflet. Il est difficile au témoin anglais de celer ce qu'il sait et dangereux de déposer contre la vérité. Et il me semble que notre procédure d'enquête fait trop confiance au serment des témoins à une époque où, trop souvent, la conscience n'hésite plus guère devant un parjure. Si la preuve testimoniale en matière de promesse de mariage présente déjà de sérieux inconvénients en droit anglais, on se demande avec angoisse les résultats auxquels on aboutirait si la jurisprudence française l'avait accueillie comme logiquement, d'ailleurs, elle aurait dû le faire.

Ce procédé présente néanmoins un inconvénient pratique considérable. Les audiences deviennent interminables et il ne fallut pas moins de trois jours pour épuiser les débats dans l'affaire *Reid v. Gray*.

Miss Reid naturellement avait été entendue la première comme témoin principal. Elle déposa notamment qu'elle revint des Etats spécialement pour épouser Gray et qu'elle trouva celui-ci dans une singulière familiarité avec sa gouvernante. Il lui écrivit que le mariage allait avoir lieu dans quelques jours et soudain rompit tout.

Mr. Lewis naturellement procéda lui aussi à l'interrogatoire de ses témoins, à commencer par Mr. Gray, lesquels furent contre examinés par Sir Henry.

Mr. Lewis soulevait plusieurs fins de non recevoir. Son client n'était pas en état de santé physique satisfaisant et n'avait pas donné de terme précis pour le mariage. Le *reasonable time* n'était pas écoulé. L'action avait été intentée trop tôt.

De plus, il soutenait en s'appuyant sur le précédent *Quirk. V. Thomas* qu'il n'y avait pas lieu d'allouer de *special damage* : il fallait en effet selon lui que le dommage résultât, non de la promesse, ce qui était le cas, mais de la rupture de ladite promesse. Nous avons vu à quel point il est possible en cette matière d'épiloguer et d'ergoter. C'est ce que firent les *learned counsels* au cours de leurs plaidoiries qui suivirent l'interrogatoire des témoins.

Ils s'armèrent des *authorities* et des précédents, les interprétant en sens divers.

Mr. Justice Hawke s'était contenté d'écouter, intervenant parfois pendant l'examen des témoins pour faire préciser un point ou décider si telle question pouvait être légalement posée.

En l'entendant au dernier jour de l'audience diriger le jury par son résumé (*summing up*) nous pensions que c'était bien ainsi que devaient se passer les choses autrefois, à Rome, au temps de la procédure formulaire :

« S'il vous apparaît que... condamnez. Mais s'il vous apparaît comme prouvé que... c'est une bonne défense ». Le juge néanmoins indique clairement son opinion et le jury ne manque pas souvent d'en tenir compte, tant est grande l'autorité du magistrat.

Après une courte délibération, le verdict fut rendu comme nous l'avons montré dans notre introduction.

CHAPITRE VI

La solution du juge écossais.

Bien que dans l'ensemble le système du juge écossais soit analogue à celui du juge anglais, il n'est pas sans intérêt de marquer les différences qui restent encore aujourd'hui en notre matière. Comme la plupart des règles du droit écossais, celles qui sont applicables à la rupture des promesses de mariage ont subi des modifications considérables dans le cours de leur évolution. Un mot d'histoire et un très bref rappel aux principes généraux du droit écossais aideront à mieux situer sa position actuelle.

Le droit écossais, civil ou criminel, n'est, pas plus que le droit anglais, renfermé dans un Code. Lui aussi est un droit jurisprudentiel et coutumier pour partie. En effet comme le droit anglais, il est constitué en partie par la Common Law et en partie par le Statut. Le droit statutaire comprend les actes du Parlement écossais jusqu'à l'époque de l'Union avec l'Angleterre, en 1707 et quelques-uns des statuts britanniques édictés depuis l'Union et concernant l'Ecosse. Quant à la Common Law, elle est fondée sur les coutumes anciennes et immémoriales de la nation écossaise. Elle puise dans une large mesure sa source dans le droit romain et aussi, dans le droit canonique. Le droit romain fait encore autorité aujourd'hui dans la mesure où il n'a pas été modifié par le Statut ou la Common Law. Le droit canonique influença pendant très longtemps le droit de l'Ecosse, puisque les cours d'Eglise rendaient la justice avec appel devant la cour romaine.

Après la Réforme qui atteignit l'Ecosse au xvi^e siècle, un acte du parlement en 1567 supprima celles des dispositions tant du droit romain que du droit canonique, qui furent jugées incompatibles avec les principes du protestantisme. Mais le droit canonique continue à influencer dans une certaine mesure le droit actuel relatif au mariage et à la famille. La Common Law comprend également les décisions des cours écossaises qui, conformes les unes aux autres pendant une période donnée, ont ainsi définitivement fixé des coutumes, des usages particuliers ou des points du droit.

Examinons maintenant le droit écossais en matière de rupture de promesse de mariage tel que nous le trouvons exposé dans le remarquable *Treatise on Husband and wife according the Law of Scotland*, de Fraser, et l'excellent ouvrage de Frederick Parker Walton. *A handbook of Husband and wife according the Law of Scotland*. Nous avons aussi consulté utilement les *Principles of the Law of Scotland* de Erskine, *The Law of Contract in Scotland* de William Finlayson Trotter et enfin l'*Encyclopædia of the Laws of Scotland*, de Dunedin.

Il convient tout d'abord de préciser ce que l'on entend par promesses de mariage. Deux points sont à distinguer nettement, en rappelant les dispositions du droit canon et du droit romain.

En droit romain, le mariage était précédé par une cérémonie connue sous le nom de *Sponsalia* (1). Lors de cette cérémonie une promesse de mariage était faite dans une forme solennelle en présence de témoins et toutes les dispositions relatives au mariage étaient arrêtées (2). Le droit canon reconnut deux sortes différentes de fiançailles :

Les sponsalia per verba de presenti et les *sponsalia per verba de futuro*. Sous l'empire du droit canon, les cours obligent les parties à exécuter l'une ou l'autre de ces deux

1. Girard, *Manuel élém. de dr. romain*, 6^e éd., L. II, ch. III, page 152.

2. Colin, *Des fiançailles*, thèse Paris, 1887, p. 39, p. 61.

formes de *sponsalia* en contractant mariage. Après la réforme en Ecosse, cette solution canonique concernant les *sponsalia de futuro*, qui n'étaient qu'une simple promesse de mariage fut abandonnée par le droit écossais. Elles furent alors considérées comme un avant-contrat qui pouvait être résilié, par la *volonté d'une des parties*. Une promesse d'épouser pour l'avenir est selon le droit écossais uniquement équivalente à un contrat de *sponsalia* du droit romain. D'un autre côté, une promesse de mariage *de presenti* et sans conditions constitue un *véritable mariage et ne peut être dissoute par les parties*.

La théorie fondamentale du droit romain en ce qui concerne une promesse de mariage dans le futur, n'a pas beaucoup changé depuis cette époque de la Réforme. En vertu du vieux droit d'Ecosse, une promesse de mariage *de futuro* pouvait être poursuivie et le défaillant mis en prison, mais depuis la Réforme le seul recours ouvert à la partie qui tenait à l'exécution de la promesse est une action en dommages-intérêts contre la partie qui s'y refuse.

Au début, les dommages-intérêts alloués à la suite d'une action en *breach of promise* étaient limités au montant de la perte subie par le patrimoine, représentée par les frais raisonnablement exposés en vue du mariage que l'on croyait certain. Mais plus tard on alloua des dommages non seulement pour réparer la perte subie par le patrimoine, mais encore pour compenser le dommage causé et aussi selon les propres termes d'un vieil arrêt « pour la perte du marché » (*for the loss of the market*), disons pour le *lucrum cessans*.

Chacune des parties peut intenter l'action mais lorsque celle-ci est suivie par l'homme, on n'accordera, en dehors de circonstances tout à fait exceptionnelles que des dommages de principe (*nominal damages*).

Pour triompher dans cette action, les faits essentiels qu'il faut établir sont :

- 1° la promesse de mariage et son acceptation,
- 2° la non exécution de la promesse.

En ce qui concerne la promesse, on peut dire que les Cours sont des plus larges quant aux modes de preuves admis et qu'elles n'exigent pas que la promesse soit faite par écrit. Les parties elles-mêmes sont entendues comme témoins, système qui joue en droit anglais nous l'avons vu, même au pénal.

Des faits et des circonstances diverses serviront de présomption de l'existence de la promesse et il ne semble pas nécessaire d'établir les termes exprès de l'engagement.

Cela ne veut pas dire qu'il soit toujours facile d'établir la dite promesse. Car elle doit être prouvée sans qu'il subsiste de doute. Si l'on établit une offre de l'homme il n'est pas nécessaire, ainsi que nous l'avons vu en droit anglais, de prouver l'existence d'une promesse effective de la part de la femme ; il suffit de démontrer qu'elle a reçu cette promesse avec faveur et il ne sera pas difficile de tirer de son attitude et de sa conduite une présomption d'acceptation. Toutefois on peut faire la preuve contraire et établir que jamais la femme n'a réellement donné son consentement et ce fait constituera, dans beaucoup de cas d'espèce, une fin de non recevoir suffisante à l'action en indemnité introduite par la femme.

La promesse peut être conditionnelle, c'est-à-dire que la naissance de l'obligation est subordonnée à la réalisation d'un événement futur et incertain, dans la mesure où cette condition est raisonnable.

Il est utile aussi de préciser ce qu'il faudra entendre par une rupture de promesse. Il n'y a pas toujours lieu d'exiger qu'on établisse que le défendeur a expressément refusé d'exécuter sa promesse. Là encore le refus peut être présumé d'après les faits et les circonstances. A cet égard les cours écossaises vont même très loin. Un homme est présumé avoir rompu sa promesse de mariage, quand bien même il se déclarerait disposé à épouser sa fiancée, dès

lors qu'il est établi que sa conduite vis-à-vis d'elle a été de nature telle qu'il a poussé cette personne à rompre la dite promesse. C'est en effet un moyen qu'une partie peut employer. Pour éviter les conséquences de la rupture et notamment le paiement de dommages-intérêts, un individu amène par son attitude l'autre partie à se retirer. Cette sorte de fraude est déjouée.

On peut dire que le droit de l'Ecosse est le même que celui de l'Angleterre en ce qui concerne les actions en rupture de promesse de mariage. Il y a toutefois une différence très importante sur la question de savoir si le droit à l'action peut se transmettre aux héritiers (ou aux *personal representatives*) de l'une des parties décédée. En droit anglais, nous l'avons longuement exposé, la doctrine repose sur l'adage *actio personalis moritur cum persona* de telle sorte qu'en Angleterre l'*executor* du *de cuius* ne peut introduire ou continuer une action de ce genre. Et inversement si la partie qui a rompu sa promesse est décédée on ne peut intenter une action contre un *executor* ou *administrator*. Sur ces deux points le droit de l'Ecosse est différent : un *executor* ou *administrator* d'une personne décédée peut parfaitement suivre une action de ce genre déjà introduite par le *de cuius* ; et bien plus, un *executor* peut même introduire cette action après le décès si, pendant sa vie, le *de cuius* avait manifesté par des actes son intention d'intenter une pareille action. De même il est possible, en Ecosse, d'introduire une action contre les *personal representatives* de la partie décédée qui n'a pas voulu exécuter sa promesse.

En ce qui concerne la réparation du dommage et le calcul de l'indemnité, les solutions sont les mêmes qu'en droit anglais.

Il en faut dire autant pour les exceptions ou fins de non recevoir : *misrepresentation*, mauvaise conduite de la femme, découverte d'une maladie, ou rupture par accord mutuel (*release*).

Toutefois, en ce qui concerne la maladie ou l'infirmité

physique, le juge écossais n'a pas adopté toutes les solutions du juge anglais. Nous avons vu que l'on ne pouvait invoquer comme fin de non recevoir un changement dans son propre état de santé et que la section de l'Échiquier à Londres avait décidé dans l'affaire *Hall c. Wright* (1) qu'un homme se trouvant dans un état de tuberculose avancée et qui n'aurait pu se marier sans risque pour sa vie, ne pouvait opposer ce fait pour se dégager d'une promesse de mariage. Les Cours écossaises n'ont pas suivi ces errements et dans une affaire *Liddel c. Easton Trustees* (2), ont accueilli la fin de non recevoir opposée par les héritiers qui établissaient que leur auteur avait ajourné son mariage parce qu'il était à deux doigts de la folie. Son décès était survenu peu après. Il est intéressant de noter que les juges écossais ont fondé leur décision sur deux précédents américains (3).

La procédure est la même qu'en Angleterre.

Disons pour terminer que les avocats ou *solicitors* écossais avec qui nous avons eu le plaisir de correspondre, nous ont dit que cette action était extrêmement rare en Ecosse, plus qu'en Angleterre, et que ce genre de procès était extrêmement mal vu et de nature à nuire à la réputation de la femme.

L'un d'eux regrettait que cette action fût plaidée devant le jury, souvent trop impressionnable dans ce genre d'affaire. Dickens ne paraît pas le seul à penser qu'il est peut-être regrettable que la solution de ces litiges puisse dépendre de la plus ou moins bonne digestion des membres du jury.

1. 1859, E. B. et E. 746-29. L. J. Q. B. 43.

2. Session Cases, 1907, p. 154. Cette solution plus libérale est aussi, nous l'avons vu, celle de Pothier, *Traité du Mariage*, 2^e partie, chap. 1, § 61.

3. Allan c. Baker, 1882, 41 Americap Reports 444.

Shackleford c. Hamilton, 1892, 40 American State Reports 166.

TROISIÈME PARTIE

Discussion et solution proposée.

TITRE I

**EXAMEN CRITIQUE DU FONDEMENT
DES SOLUTIONS
DE LA JURISPRUDENCE FRANÇAISE**

CHAPITRE I

**Critique de la valeur et de la portée
donnée au principe de la liberté du mariage.**

Nous venons d'étudier les procédés par lesquels le juge a cherché à réaliser sa mission de justice en ce qui concerne les fiançailles ou promesses de mariage, en France et en Angleterre. Il convient maintenant de comparer les moyens techniques ainsi utilisés de part et d'autre du détroit, et de cette étude nous essaierons de tirer des conclusions pratiques pour résoudre d'une manière aussi satisfaisante que possible le problème des fiançailles.

D'une manière générale, on peut dire que le juge anglais et le juge français prennent immédiatement un chemin différent lorsqu'il s'agit tout d'abord de placer les promesses de mariage dans une catégorie juridique et de leur donner une définition du point de vue du droit.

Le juge anglais, nous l'avons vu, analyse la promesse de mariage comme un contrat. La rupture de ce contrat, sauf pour des motifs légitimes qui constituent comme autant de fins de non recevoir, donne tout naturellement ouverture à une action.

Le juge français, après avoir hésité, a été surtout dominé par le souci d'éviter des abus et de sauvegarder le libre consentement des parties, affirmé le jour de la célébration. De l'idée de liberté du mariage, il a fait un principe d'ordre public absolu. Rien ne doit peser sur le libre arbitre des futurs époux lorsqu'ils se présentent devant l'officier de l'état-civil. Le oui doit être sincère, au sens étymologique du mot, c'est-à-dire absolument pur de toute arrière-pensée ; il ne le serait pas si les futurs se savaient déjà engagés par un avant contrat dont la rupture obligerait chacun d'eux à verser à l'autre partie des dommages-intérêts en cas de changement de volonté. Pour parer à ce danger, le juge a décidé de ne donner aucun effet obligatoire aux fiançailles ou promesses de mariage, en les frappant d'une nullité absolue. Cette nullité sera fondée sur le principe général que le juge peut annuler une convention contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs, principe consacré notamment par l'art. 1133 du Code civil disposant que la cause d'un contrat est illicite « quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public » et par l'art. 1131 aux termes duquel une obligation fondée « sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet ». Le principe d'ordre public auquel se heurte l'action en rupture du contrat de promesse de mariage, c'est le principe de la liberté du mariage.

Ainsi, que la promesse de mariage présente tous les caractères d'un contrat, c'est une vérité qui n'est contestée par personne, et la jurisprudence française n'y contredit pas. Mais elle oppose ce principe d'ordre public qui, frappant ce contrat d'une nullité absolue, en fait un néant juridique, sans aucune force obligatoire.

On évitera, de cette façon, en la supprimant, les abus d'une action qui risquerait de servir d'instrument de contrainte à la consommation d'un contrat qui doit être l'œuvre de la libre volonté des parties.

Mais, nous l'avons dit en abordant cette étude, l'équité que le juge cherche à faire triompher, exige, dans certains cas, une réparation. Qu'un homme laisse penser à une

jeune fille qu'il l'épousera, qu'il laisse engager des dépenses, faire une publicité, et que soudain, sans raisons valables, il abandonne sa fiancée, voilà un fait que l'équité doit sanctionner (1). Nous avons vu que le juge français ne s'est pas dérobé à sa mission ; il accordera des dommages pour préjudice né d'une faute du défendeur, faute indépendante de la rupture, et que le demandeur aura la charge d'établir ; le juge reçoit l'action en responsabilité civile fondée sur l'art. 1382. Examinons donc ces deux moyens techniques, d'une part le moyen d'ordre public pour écarter le contrat, et d'autre part le moyen tiré de l'article 1382 pour fonder l'action en responsabilité civile en cas de rupture de la promesse de mariage.

Que vaut le principe de la liberté du mariage ? Vérité de ce côté de la Manche, erreur au-delà, eût dit Pascal ! Le juge anglais a-t-il tort de le méconnaître et de ne pas faire intervenir l'idée de *public policy* ? La jurisprudence française au contraire ne donne-t-elle pas à ce principe une portée trop absolue et n'a-t-elle pas inutilement compliqué le problème des promesses de mariage ? Ne pouvait-elle pas satisfaire l'équité en suivant très simplement les principes généraux des contrats ? C'est la première question à résoudre, avant de conclure, comme l'a fait M. Pierre Colin, à la nécessité d'un texte législatif (2).

Le Code civil, disent les auteurs favorables à la thèse de la nullité des promesses de mariage, a voulu que le consentement des époux fût parfaitement libre. Ils invoquent (3) les art. 146 et 180 du Code civil :

« Le mariage, qui a été contracté sans consentement libre des deux époux ou de l'un deux, ne peut être attaqué que par les époux ou par celui des deux dont le consentement n'a pas été libre ». Et, en se fondant sur ce texte,

1. Lyon et Rennes, précités.

2. Pierre Colin, *Etude sur les fiançailles en droit comparé*. Thèse, Paris, 1921.

3. Angelesco, *De la rupture des promesses de mariage*. Thèse, Paris, p. 70.

M. Angelesco, auteur d'une remarquable thèse sur la question, de conclure que :

« Le mariage doit être consenti librement, c'est-à-dire que les consentements doivent se manifester en pleine liberté au moment de la célébration devant l'officier de l'Etat-civil. Or, poursuit cet auteur, peut-on dire que les parties expriment, au moment de la célébration, un consentement réellement et absolument libre, si elles se sont déjà engagées l'une vis-à-vis de l'autre, par des promesses auxquelles une valeur juridique est reconnue et desquelles résulte une obligation civilement sanctionnée ? Nous ne le croyons pas. L'engagement antérieur exclut la complète indépendance d'esprit et de volonté qui est requise par la loi... En définitive, on se trouve enfermé dans ce dilemme : Ou bien admettre la validité des promesses de mariage, mais accepter que le consentement au mariage lui-même ne soit pas donné en toute indépendance ; ou bien refuser aux promesses de mariage toute valeur juridique et ne reconnaître aucune sanction en cas d'inexécution et pour le seul fait de cette inexécution.

« Conformément à l'esprit du Code civil qui éclate dans les art. 146 et 180, suivant la jurisprudence et la doctrine très fermes aujourd'hui, nous nous décidons pour la dernière alternative » (1).

C'est donner au principe de la liberté du mariage une portée beaucoup trop absolue et que ne justifient ni les arguments de texte, ni les arguments d'ordre psychologique invoqués ; de plus, il se trouve que la solution finalement adoptée par la jurisprudence, non seulement ne sauvegarde en aucune façon la liberté absolue du mariage, mais l'atteint davantage qu'une solution fondée sur les principes généraux du droit en matière de contrat. C'est ce que nous allons essayer de démontrer.

Et tout d'abord, les arguments tirés des textes ne sont pas pertinents. La liberté exigée par les art. 146 et 180 du Code civil est-elle d'une autre nature que celle qui est

1. Angelesco, *op. cit.*, p. 70, 71 et 73.

impliquée dans la notion générale de contrat ? Celui-ci « par son essence même suppose des volontés indépendantes et égales, débattant, *discutant librement* les conditions de leur accord » (1). La liberté des contrats est un principe général de notre droit, peut-être plus ou moins respecté dans la pratique (2). Les rédacteurs du Code civil qui ont dû déroger sur certains points, en matière de mariage, à ces principes généraux, ont tout simplement voulu, par les art. 146 et 180, souligner que « la liberté des consentements devait, là comme ailleurs, jouer pour que le contrat fût valable ». Le texte n'implique nullement une liberté spéciale, ou tout au moins absolue, telle que l'a conçue la jurisprudence et telle que la définit M. Angelesco. Il n'y aurait aucune raison pour ne pas déclarer nuls comme contraires à ce principe, tous les avant contrats que la jurisprudence sanctionne sans même poser la question de savoir s'ils n'atteignent pas la liberté des contractants. Le législateur devait rappeler ce principe de liberté d'autant plus que, dans le même article, il en restreint le champ en limitant les effets ordinaires des vices susceptibles d'atteindre la libre volonté des parties. L'art. 180 ne mentionne pas le dol et l'on continue à appliquer la maxime du vieux Loysel « En mariage, il trompe qui peut » (*Institutes coutumières*, liv. II, tit. III, n° 3). Les deux seuls vices du consentement que l'on puisse invoquer, sont la violence et l'erreur, et celle-ci est-elle encore restreinte à l'erreur sur l'identité civile de la personne. L'énoncé de cette règle restrictive du libre consentement des individus, dans le but éminemment social de veiller à l'indissolubilité des unions, rendait nécessaire le rappel du principe de la liberté, et justifie, dans une certaine mesure, une

1. Colin et Capitant, *Cours élém. de Droit civil français*, 7^e éd., 1932. T. II, L. 1, Titre I, n° 9, p. 10.

2. Voir notamment *Les contrats d'adhésions*, Fortier, Thèse, Dijon et aussi *Le contrat dirigé*, par M. Louis Josserand, *Chronique D. H.*, 2 nov. 1933.

interprétation assez large de l'idée de liberté. Mais, pour aller jusqu'à nier le droit pour les parties de s'engager à l'avance à contracter mariage, — alors surtout que l'exécution n'aura pour conséquence que le paiement de dommages-intérêts, — il faudrait un texte plus précis, plus impératif que ces articles 146 et 180, lesquels redisons-le, ne font qu'insister sur un principe général, et il faut une certaine bonne volonté pour prétendre que la nullité des promesses de mariage est conforme « à l'esprit du Code civil qui éclate dans les art. 146 et 180 ».

Aussi certains auteurs ont-ils cherché d'autres textes pour appuyer plus solidement leur thèse. C'est ainsi que Marcadé (1), invoquant l'art. 1780 du Code civil, soutient que la liberté ne peut jamais être aliénée indéfiniment, excepté dans le mariage ; que, par conséquent, on peut dissoudre librement la promesse de mariage. Cet argument ne signifie rien du tout en faveur de la thèse de la nullité. Qu'on puisse dissoudre la promesse de mariage, c'est l'évidence même, en ce sens que l'exécution directe d'un tel contrat ne saurait être exigée, mais c'est précisément parce que la dissolution du contrat n'emportera, en certains cas, que des dommages-intérêts, que le principe de la liberté n'est pas atteint et que le contrat ne heurte en aucune façon l'ordre public ou la morale.

Enfin, d'autres auteurs ont fondé la théorie de la nullité sur l'art. 1128 du Code civil, disposant « qu'il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions ». Or, les promesses de mariage ont pour objet le mariage, lequel est incontestablement hors du commerce juridique. Donc, de telles conventions sont nulles. Une promesse de mariage ne peut être assimilée à toute obligation de faire. Il n'y a dans le mariage ni créancier, ni débiteur. C'est un simple engagement moral. Cette idée, enseignée par Laurent (2) a été reprise et exposée par

1. Marcadé, *Explication théorique et pratique du code*, I, p. 416.

2. Laurent, *Principes*, t. II, nos 305 et 306.

M. Ambroise Colin (1), en s'appuyant sur des arguments historiques. Dès lors que le contrat, jadis consensuel, devenait solennel et que le consentement devait être exprimé au moment même de la célébration, les *sponsalia per verba de futuro* ne furent plus qu'une simple promesse de mariage.

« Toute la discussion relative à l'existence et à la nature de l'engagement des fiançailles, écrit M. Colin, se déroulait devant l'officiel, mais la décision qui intervenait pour constater l'existence ou la non existence du lien, n'avait qu'une valeur purement morale. Lorsque la question des dommages... se posait à son tour, c'est la juridiction civile qui seule pouvait la trancher ». Or, l'autorité civile se référait, lorsqu'elle accordait des dommages, non pas à l'inexécution d'un contrat qui n'existait plus, mais « au préjudice causé... au dommage injuste, tranchons le mot, au délit civil ».

C'est encore ce qui se passe aujourd'hui, où les juges fondent leur décision sur l'art. 1382. Et, de même qu'autrefois, les juges pourront tenir compte du préjudice matériel subi, mais jamais du *lucrum cessans*, comme ils le pourraient en matière contractuelle. Et M. Colin de souligner que cette solution est celle qui a triomphé dans certaines législations ; il cite notamment l'art. 54 du Code civil italien et l'art. 113 du Code civil hollandais.

A toute cette argumentation, extrêmement séduisante, et semble-t-il bien construite, M. Pierre Colin a tout d'abord répondu qu'en vérité l'officiel, dans la première phase de la procédure, ne prononçait pas la nullité des fiançailles, mais leur dissolution. « Or, pour qu'il y eût dissolution, il devait également y avoir eu contrat, et l'indemnité que fixaient les juges civils était basée non pas sur un délit civil, mais bien sur l'inexécution d'un contrat » (2). De nos

1. A. Colin, *Des fiançailles et des promesses de mariage*. Thèse, Paris, 1887, p. 185 et 186.

2. Pierre Colin, *op. cit.*, p. 22.

jours il n'en est pas ainsi. La jurisprudence actuelle ne reconnaît pas le contrat et fonde ses décisions sur l'art. 1382 du Code civil, n'ayant pas à prononcer la dissolution d'un contrat qui n'existe pas.

Ce qui paraît en tous cas certain, c'est que l'idée que le mariage étant hors du commerce ne saurait, aux termes de l'art. 1128, faire l'objet d'une convention, ne se rattache pas du tout au principe de la liberté du mariage, fondement des décisions des juges français modernes que nous discutons en ce moment. Ce n'est pas parce que le mariage serait hors du commerce que les arrêts refusent de reconnaître aux promesses de mariage et aux fiançailles, une force obligatoire. C'est uniquement et expressément parce que cet engagement porte atteinte au principe de la liberté du mariage. Rappelons les termes mêmes de l'arrêt de principe de la Cour de cassation du 30 mai 1838 : « toute promesse de mariage est nulle en soi comme contraire à la liberté du mariage ». En nous plaçant sur le terrain où le juge s'est cantonné, il nous paraît impossible de justifier sa décision en invoquant l'art. 1128 du Code civil (1).

En outre, les interprètes les plus connus et les plus sûrs de l'ancien droit, comme Pothier, n'ont jamais soutenu cette théorie ingénieuse mais spécieuse que la promesse de mariage n'était pas considérée comme un contrat ; tout au contraire, nous avons vu (1) qu'il analysait les fiançailles comme un contrat ayant pour objet le mariage.

Ajoutons, enfin, que la jurisprudence, en invoquant les art. 1131 et 1133 pour prouver la nullité du contrat, n'a pas fait une application correcte de la théorie de la cause. Dans les contrats synallagmatiques, la cause de l'obligation, c'est l'exécution de la promesse par l'autre partie, c'est-à-dire le mariage. Or, peut-on prétendre que le mariage est contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs ?

En droit anglais, disons-le en passant, il n'en est pas

1. Voir ci-haut, 1^{re} partie, *Jurispr. française*, avant-propos.

tout à fait de même. Il faut qu'il y ait une *good consideration*. Mais la *consideration* est analysée comme étant l'engagement de l'autre partie. Le juge anglais n'a pas cru devoir penser que la promesse de mariage était contraire à l'ordre public (*public policy*).

Concluons donc qu'à moins de faire dire aux textes — et c'est toujours possible — beaucoup plus qu'ils n'en disent, on ne peut trouver dans le Code civil un article permettant de donner au principe de la liberté du mariage la portée que lui a donnée, après quelques hésitations, la jurisprudence française.

On ne saurait davantage justifier cette solution par des arguments historiques. Il est à peine besoin de rappeler avec tous les auteurs qui ont soutenu la thèse de la validité des promesses de mariage, que l'ancien droit n'a pas méconnu ce principe de la liberté du mariage. Et certes, pour qui a pénétré l'esprit du droit canonique, est-il une législation qui ait au même degré le souci de la liberté des futurs époux ? Nous avons vu et souligné en passant que nos anciens Parlements défendaient au juge d'ajouter à une condamnation à payer des dommages-intérêts, la formule « Si mieux n'aime épouser » ; dans quel but ? L'arrêt du 10 mars 1713 le dit en toutes lettres. Parce que cette alternative était « susceptible de blesser la *liberté du mariage* ».

Le droit romain, le droit canon tenaient à la liberté du mariage. Ils admettaient la validité des promesses de mariage et des fiançailles ; ils en tiraient cette conséquence qu'on ne peut obliger quelqu'un à exécuter sa promesse, mais que la rupture rendait celui qui la consommait, responsable du préjudice causé par les dépenses faites et la perte de temps.

Et, avec M. Pierre Colin, ajoutons pour être complet, que la législation suisse (art. 54 de la Constitution de 1874, art. 25 de la loi de 1871, Code fédéral du 10 décembre 1907), tout en posant le principe qu'une liberté absolue doit pré-

sider au consentement des époux, prévoit les fiançailles dans ses art. 90 à 96, et en règle les effets.

A notre avis, la jurisprudence et les auteurs qui ont réglé si sommairement le sort juridique des fiançailles et des promesses de mariage, ont commis une erreur de psychologie double.

En voulant, comme l'a soutenu M. Angelesco, dont je cite à nouveau la formule lapidaire, que le consentement fut « réellement et absolument libre » et que les futurs époux gardent jusqu'au moment de la célébration « la complète indépendance d'esprit de volonté qui est requise par la loi », le juge prétend pénétrer dans le for interne et si on voulait tirer de ce principe toutes ses conséquences logiques, il lui faudrait annuler les mariages toutes les fois que les époux n'ont pas au moment de la célébration, cette complète indépendance d'esprit et de volonté. Or, on sait combien au contraire, le législateur a restreint les cas de nullité pour vice du consentement en matière de mariage. Non seulement le dol est écarté, mais, seule l'erreur sur l'identité civile du conjoint est, répétons-le, prise en considération. Au nom du principe de la liberté des mariages, il eût fallu au contraire se montrer très sévère sur la qualité de consentement des époux.

Croit-on par ailleurs sérieusement, du point de vue psychologique, que lorsque des jeunes gens se sont promis le mariage, se sont fiancés, ont échangé des présents, ont fait ou laissé faire une publicité qui les a compromis dans la société où ils vivent, croit-on que c'est seulement le fait de penser qu'une rupture pourrait avoir des conséquences judiciaires, qui les fera hésiter à reprendre leur parole et leur donnera l'impression de ne pas être entièrement libres ? En aucune façon ; un engagement, même purement moral, est un lien qui chez beaucoup de gens est d'une très grande force. En réalité, c'est une chimère que de chercher à ce que les futurs époux aient encore devant l'officier de l'état-civil une aussi « complète indépendance d'esprit et de volonté » que le jour de leur

première rencontre. Ce n'est même pas au fond souhaitable. Si les fiancés ont l'un pour l'autre une véritable inclination, chaque entrevue, chaque prise de contact nouvelle les ont davantage rapprochés ; même si, à un moment donné, un des fiancés vient à découvrir chez l'autre ou dans la famille, ce qu'on appelle un « point noir », il aura d'autant moins d'indépendance d'esprit qu'il se sera avancé plus loin dans la voie des accords. Faut-il ajouter qu'une rupture, alors même qu'elle ne risque d'entraîner aucune conséquence judiciaire, alors même que l'on a la certitude qu'aucune obligation légale ne pèse sur les fiancés, se heurte à un certain nombre d'obstacles que l'on ne franchit qu'avec peine et que ces obstacles varient suivant les circonstances et les tempéraments ? Tel sera retenu par la crainte de peiner le fiancé qui lui est déjà profondément attaché, tel autre par le souci du qu'en dira-t-on, beaucoup plus que par l'idée d'une action judiciaire. Nous souscrivons entièrement à l'opinion exprimée par M. Josserand dans son article sur le problème juridique de la rupture des fiançailles (1), dont la lecture nous a suggéré le sujet de cette étude. Nous pensons avec le savant professeur que l'« idéal entrevu et poursuivi par notre jurisprudence, à savoir l'intégrité de la situation au jour de la comparution des intéressés devant l'officier de l'état-civil, constitue une pure utopie ». C'est là une question beaucoup trop subjective et délicate pour que l'on puisse prétendre la régler aussi brutalement. Nous pensons que la jurisprudence, faute d'une analyse assez poussée, a fait du principe de la liberté du mariage, une application automatique, trop absolue, sans nuance, et surtout, non conforme à la réalité psychologique.

Ce point de vue, si absolu et si spécieux qu'il soit, pourrait encore se défendre si la jurisprudence, logique jusqu'au bout, en était restée à cette superbe intransigeance et avait refusé toute action en cas de rupture des fian-

1. Josserand, *Le problème juridique de la rupture des fiançailles*, D H., Chronique, 10 mars 1927, p. 23.

çailles. Nous avons vu qu'il n'en est rien, et c'est là une deuxième erreur de psychologie. En effet, la jurisprudence refusant, au nom de la liberté du mariage, de faire application de l'art. 1142, s'arme soudain de l'art. 1382, et, sur ce terrain de manœuvre commode et qui lui est si cher de la responsabilité civile, elle poursuit le fiancé infidèle de telle façon qu'il lui est aussi difficile et peut-être plus difficile d'échapper à une condamnation que sur le terrain contractuel. Les actions pour rupture de promesse de mariage sont devenues assez fréquentes pour que l'on sache qu'on s'expose à des poursuites lorsqu'on reprend sa parole. Et alors, nous posons bien simplement la question : En admettant, et c'est possible, que la crainte d'une action judiciaire puisse, dans une certaine mesure, peser sur la volonté des contractants et porter atteinte à la liberté du mariage, comme l'entend la jurisprudence, qu'y a-t-il de changé ? 1382 ou bien 1142 ? Ce changement de numéro et les conséquences subtiles qu'il emporte peut-il être de nature à modifier l'état d'esprit des fiancés ? Nous pensons, et l'on nous pardonnera ce souvenir historique, que c'est discuter gravement à l'instar du Sénat de Rome pour savoir à quelle sauce l'Empereur mangera son turbot, discussion présentant peu d'intérêt sur le sort final de cet animal ; sans doute, il y a entre les deux actions des différences profondes que nous examinerons dans un instant. Mais, du point de vue psychologique et subjectif où s'est placé le juge français, il est évident que les justiciables sont dans l'ensemble absolument incapables de faire une différence entre les deux systèmes. Ils savent qu'une action est possible, si l'on reprend sa parole et voilà tout. Il fallait, si l'on pensait que la crainte de la possibilité d'une réparation pécuniaire pût porter atteinte à la liberté du mariage, refuser toute action. Ainsi ces déclarations de principe de la jurisprudence, ce souci de protéger la liberté du mariage, constituent une pure et simple hypocrisie, comme il arrive toutes les fois que l'on ne s'attache pas suffisamment à la réalité. « Paul a rompu

ses fiançailles, il a dû payer ». Voilà ce que l'homme de la rue, pour reprendre une expression courante, saura de l'affaire, sans aller chercher dans quelle catégorie juridique on classera l'action.

Une double conclusion s'impose. Du principe de la liberté du mariage, en tant que contrat, il résulte que les fiançailles ou promesses de mariage ne seront jamais susceptibles d'exécution directe, comme il est de règle d'ailleurs pour toute obligation de faire. Elles se résoudront en cas d'inexécution en des dommages-intérêts. D'autre part, la jurisprudence française a donné à ce principe une portée que ne justifient ni les textes, ni l'histoire, ni le bon sens et la psychologie. Soucieuse tout de même de faire triompher l'équité, elle a dû d'ailleurs donner d'une main ce qu'elle refusait de l'autre et, en fait, renoncer en réalité à cette interprétation trop absolue du principe de la liberté.

C'est donc le juge anglais qui a raison quant à la nature juridique des fiançailles : c'est « un contrat entre un homme et une femme, par lequel ils se promettent mutuellement de s'épouser » (1).

1. Halsbury, *op. cit.*, Part I, n° 490. cf. *supra.*, p. 44.

CHAPITRE II

Critique de la solution apportée par la jurisprudence.

Si le profane ne fait aucune distinction entre l'action fondée sur l'art. 1382 et l'action née du contrat, et si en résumé, l'action possible en dommages-intérêts demeure suspendue comme l'épée de Damoclès sur celui qui rompt, le juriste peut se demander si le système de la jurisprudence a du moins pour résultat d'éviter les abus, de restreindre l'exercice de cette action et par voie de conséquence, de protéger dans une certaine mesure la liberté du mariage.

Sur le terrain contractuel, nous l'avons vu, notamment en droit anglais, il suffit au demandeur, pour triompher dans son action, d'établir l'existence d'une promesse bilatérale et l'inexécution de cette promesse. Sur le terrain quasi-délictuel où se place le juge français, « l'inexécution de cette promesse, même motivée, ne saurait par elle-même donner lieu à indemnité, car elle est l'exercice même de la liberté » (1). Il faut que le demandeur établisse non seulement qu'il a subi un préjudice, mais encore que ce préjudice trouve sa source dans une *faute* commise par le défendeur. Et voici donc une première difficulté qui surgit : l'obligation d'établir à la charge du défendeur une faute. N'est-ce pas là une limite sérieuse et juste au fond à l'exercice de l'action ? N'est-ce pas le plus sûr moyen pour le juge d'atteindre son double but, à savoir : réparer un

1. Angelesco, *De la rupture des promesses de mariage*, op. cit., p. 72.

préjudice causé injustement en évitant les abus et en protégeant la liberté du mariage ?

En théorie, et *à priori*, ce système apparaît comme très séduisant. Nous pensons toutefois que l'examen de la pratique, d'une part, et l'analyse plus approfondie du système, d'autre part, nous permettent de conclure qu'on est loin d'aboutir au résultat cherché.

« La responsabilité *délictuelle* se rencontre lorsqu'une personne cause, soit par elle-même, soit par quelqu'un dont elle répond, soit par le fait d'une chose lui appartenant, un dommage à une autre personne envers laquelle elle n'est liée par aucun rapport d'obligation préexistante ».

Cette définition (1) de MM. Colin et Capitant fait bien apparaître la nécessité pour le juge, s'il veut appuyer une condamnation sur l'art. 1382, de rechercher *tous* les éléments du délit en dehors des rapports d'obligation préexistants. C'est la solution, dira-t-on, en cas de rupture de fiançailles, puisque précisément la jurisprudence estime que celles-ci n'ont aucun effet obligatoire. La rupture est considérée comme un simple *fait*, qui cause un dommage à autrui. Mais il faut que ce fait, générateur du dommage constitue une faute (2). Le fait de la rupture d'une promesse de mariage n'est nullement coupable, illicite. Il est même souhaitable. C'est pour faciliter cette rupture, — qui n'est qu'un mode d'exercice de la liberté du mariage — que, précisément, la jurisprudence a enlevé toute force obligatoire aux fiançailles.

C'est pour être en accord avec ces principes que le juge a décidé que cette faute devait être recherchée non dans le fait de l'inexécution, mais dans des circonstances indépendantes de la rupture (3).

1. Colin et Capitant, *op. cit.*, p. 360, 3^e éd., 1921.

2. Colin et Capitant, *ibid.*, p. 361, 3^e éd. 1921 et n^o 182, p. 167 de la 7^e éd., 1932.

3. V. plus haut, 1^{re} partie et Cass., 12 nov. 1901, D. 02.1.46.

Dans la pratique, cette distinction est bien difficile à maintenir et la jurisprudence serait fort embarrassée si elle voulait demeurer logiquement enfermée dans son système.

La jurisprudence a accordé des dommages-intérêts pour le fait d'avoir donné une publicité à ces promesses, — et c'est là une des circonstances indépendantes de la rupture qu'elle a le plus souvent dégagée ; cette publicité a eu en effet pour résultat de jeter le discrédit sur le fiancé délaissé. Mais si c'est là un élément possible de préjudice, ce dernier a pour cause, non pas uniquement la publicité, mais la rupture, car sans la rupture, la publicité n'aurait pas été dommageable, c'est évident.

On peut en dire autant pour toutes les circonstances soi-disant indépendantes ou qualifiées telles par la jurisprudence. Les arrêts sont d'ailleurs bien loin d'être clairs, le juge la plupart du temps se contentant de noyer dans un « attendu » très général, les différents éléments du délit, préjudice, fait illicite ou faute, sans faire de discrimination précise.

Et, d'ailleurs, si vraiment la faute pouvait être relevée uniquement dans des « circonstances indépendantes de la rupture elle-même », on ne voit pas, en bonne logique, pourquoi on exigerait la preuve de la promesse de mariage, ni de la rupture. Les circonstances indépendantes devraient suffire pour fonder une action en responsabilité.

On comprend dès lors comment la jurisprudence, qui a confondu la preuve du préjudice et la preuve de la faute, ait, au fond, par un retour au bon sens, tout court, laissé échapper des considérants comme ceux que nous avons soulignés déjà et qui sont comme le « cri du cœur » du juge, tout à fait contraire à la théorie exposée plus haut : « Attendu que ce manquement à la parole donnée, constitue une faute et a occasionné un préjudice » (1). Quel préjudice ? La Cour en développe les éléments : des fian-

1. Lyon, 5 févr. 1913, S. 1914.2.47.

çailles qui ont duré plusieurs années, qui ont été de notoriété publique, et ont donné lieu à des publications de mariage, une rupture brutale la veille même du mariage, ce sont là les circonstances constituant, non pas une faute, mais autant d'éléments de préjudice.

Il est remarquable que, dans ses arrêts les plus récents, la Cour de cassation se contente de dire que, « si l'inexécution d'une promesse de mariage ne constitue pas une faute contractuelle, le refus de l'exécuter peut, suivant les circonstances (lisons : quand il y a préjudice), dégénérer en faute... »

Et cette tendance aboutit à des arrêts de Cour d'appel (2) qui, indirectement ou directement, présument cette faute du seul fait de la rupture, et renversent le fardeau de la preuve, en obligeant le défendeur, s'il veut se dégager, à établir qu'il a rompu pour des motifs légitimes.

En réalité, il faut le dire, c'est bien la rupture qui, lorsqu'elle est génératrice d'un préjudice, constitue la faute, élément essentiel de l'action fondée sur l'art. 1382 du Code civil. Et, dans ces conditions, le système qui consiste à fonder l'action sur des circonstances indépendantes de la rupture elle-même, apparaît comme insoutenable et la jurisprudence elle-même n'arrive pas en fait à en faire une application correcte.

Mais, objectera-t-on, la rupture de la promesse de mariage, si elle ne constitue pas la violation d'un contrat valable, si elle ne constitue pas en soi et par son essence une faute, ne peut-elle, considérée comme un fait pur et simple, constituer une faute, comme tout autre fait — tout fait quelconque de l'homme, dit l'art. 1382 — eu égard aux circonstances, faute souverainement appréciée par les juges du fait ?

C'est là, à notre avis, un raisonnement qui, malgré son apparence de logique, manque tout à fait de base. Avant d'examiner si un fait peut dégénérer en faute, il faut

1. Poitiers, 13 nov. 1922. G. P. 1923.1.31.

d'abord se demander *si ce fait existe, si cette rupture a vraiment une existence réelle*. En effet, la rupture ne peut exister juridiquement que s'il y a eu un contrat. S'il n'y a pas de contrat, il ne saurait y avoir rupture, car on ne rompt pas ce qui n'existe pas. En déclarant que les promesses de mariage ne lient pas, on ne saurait, sans contradiction, reprocher à une des parties de s'être déliée. La non existence d'un lien obligatoire écarte toute idée de rupture. En un mot, il conviendrait de rejeter toute action fondée sur une rupture, attendu qu'il est de jurisprudence que les promesses de mariage n'ont aucun effet obligatoire, qu'aucun lien de droit n'existe donc entre les parties, et qu'aucune d'elles, en conséquence, ne peut faire grief à l'autre d'une rupture qui logiquement est inconcevable. Si un tribunal déclare qu'il n'y a pas eu contrat de bail, il ne pourrait pas accorder des dommages-intérêts à une des parties en fondant la décision sur une soi-disant rupture ou un manquement audit contrat, considérés comme un fait pur et simple.

C'est le fameux dilemme qu'a posé M. Josserand dans son article déjà cité :

« Ou bien la promesse de mariage est dénuée de toute valeur juridique, elle est comme si elle n'existait pas et alors la méconnaissance ne saurait jamais et à aucun titre devenir productive de responsabilité ; ou bien cette méconnaissance est susceptible d'engager la responsabilité du défaillant, et alors c'est que celui-ci était lié par les fiançailles.

... « Ou bien les fiancés sont à considérer comme des tiers, et on ne saurait alors faire grief à l'un d'eux de ne pas consentir à épouser l'autre ; ou bien ce grief peut être retenu, mais dans ce cas c'est que la situation n'était plus entière juridiquement parlant, c'est qu'un *vinculum juris* avait été établi entre les fiancés par les fiançailles elles-mêmes ».

Et le savant professeur de souligner comme nous l'avons fait, que le juge lui-même ne croit pas à sa théorie puis-

qu'à chaque instant viennent sous sa plume des termes tels que « violation de la foi promise, rupture de promesse, manquement à la parole donnée » ; la Cour de cassation elle-même n'a-t-elle pas parlé « d'engagement résultant de la promesse de mariage (Req. 10 févr. 1909. D. 1909.1.150) ?

Et il est parfaitement inutile dès lors d'examiner si, en violant sa promesse, une des parties n'a fait qu'user de son droit, et si, en ce faisant, elle a ou non commis un abus de droit.

Avec M. Josserand, nous répondons : si la promesse ne crée pas de lien, il n'y a pas de rupture. Vous ne pouvez donc pas fonder une action sur un fait, dans l'espèce la rupture, qui n'existe pas.

A ce raisonnement d'une logique implacable et relevant des contradictions qui condamnent comme tel le système de la jurisprudence, M. Pierre Voirin oppose un argument extrêmement ingénieux (1). Sans doute, il ne saurait être question de la rupture d'un contrat puisque ce contrat n'est qu'un néant juridique. Mais les fiançailles, tout comme le mariage, ne constituent pas seulement un contrat, mais encore un état « état dont la réalité de fait serait indépendante de la validité du contrat ». Dès lors, la rupture de cet état, qui est bien un *fait* cette fois, peut, dans certaines circonstances, constituer une faute engageant la responsabilité de son auteur.

Cet argument se fonde sur la théorie à laquelle nous souscrivons très volontiers du mariage état ou institution. Mais est-il possible que la jurisprudence qui rejette, au nom de la liberté du mariage, le lien des fiançailles, puisse prétendre, sans sombrer dans l'incohérence, en faire une institution ? Certes le mariage peut être considéré comme un état. Il l'est par la tradition et par la loi elle-même. C'est son caractère d'état et d'institution sociale qui agit si fortement pour restreindre la liberté des parties, pour empêcher la volonté de produire des effets aussi étendus, aussi

1. Pierre Voirin, note sous Dijon, 7 février 1928, D. 1928-2-169.

complets que de droit commun. C'est la notion d'institution sociale qui a fait du mariage un contrat solennel ; elle explique que la notion d'ordre public intervienne avec tant d'énergie dans toutes les dispositions matrimoniales. Mais c'est précisément parce que le mariage est une institution sociale que, de tous temps, on a voulu sauvegarder la liberté des époux et c'est au nom de ce principe d'ordre public que la jurisprudence enlève tout effet obligatoire aux fiançailles. *A fortiori* elle ne peut leur reconnaître le caractère d'institution sociale. On concevrait qu'il en soit ainsi lorsque le législateur a donné aux fiançailles ce caractère ; c'est ainsi que le droit canonique a fait des fiançailles un contrat solennel. Voici, en effet, d'après le canon 1017, § 1 et 2, les principales dispositions de l'Eglise à cet égard (1). Après avoir considéré que les fiançailles constituent un véritable contrat dont les conditions de validité sont les mêmes que celles de tout contrat, le Code les définit comme « une promesse vraie, mutuelle et acceptée de part et d'autre d'un futur mariage, faite librement et avec délibération, exprimée par un signe sensible entre personnes déterminées et non inhabilitées par le droit ». Et le Code du droit canonique précise qu'un tel contrat de mariage n'est valide que s'il est passé par écrit. Il doit être signé des parties et en outre contresigné ou par le curé ou par l'Ordinaire ou au moins par des témoins. Aucune autre cérémonie ne s'impose ; mais le Code exige de plus que l'acte de fiançailles soit daté.

Ces dispositions du droit canonique font évidemment des fiançailles un contrat solennel, car il est certain que les formalités substantielles énumérées plus haut ne sont pas seulement exigées *ad probationem* mais *ad solemnitatem*. On comprendrait à la rigueur que, avec une semblable législation, le juge, en présence d'un contrat nul, c'est-à-dire d'un contrat dont les formes n'auraient pas été respectées, fit appel à la notion de fiançailles institution, ou état,

1. Adrien Caucé, *Le Code de droit canonique, commentaire succinct et pratique*, tome 2, p. 415. Gabalda et Fils éd., 1928.

correspondant à une situation sociale déterminée, et décidât que le fait de rompre cet état au préjudice du fiancé délaissé engage la responsabilité de l'auteur de la rupture. Mais le juge français, nous insistons sur ce point, a lui-même fermé cette porte par laquelle M. Voirin pouvait espérer le faire sortir du dilemme posé par M. Josserand.

Et alors ? Il faut reconnaître ce qui est. Le système de notre jurisprudence n'est pas logique et reste incohérent. Il est facile de montrer que sur le terrain de la preuve, il ne donne pas davantage satisfaction à tous ceux qui pensent que la bonne et saine justice consiste à mettre d'accord le Droit, l'Équité et la Logique.

CHAPITRE III

Critique de la théorie du contrat susceptible de résiliation unilatérale et de l'abus du droit.

Après avoir adressé à la jurisprudence de sévères critiques, M. Josserand a proposé au problème des fiançailles une solution assez séduisante qu'il a résumée dans les trois propositions suivantes :

« 1° Les promesses de mariage ont la valeur d'un contrat synallagmatique ; elles mettent à la charge des fiancés une obligation de faire ;

2° Le contrat peut être dissous, non seulement par le *mutuus dissensus*, et conformément au droit commun, mais aussi par la volonté unilatérale de l'une ou de l'autre des parties ; il comporte le droit de résiliation unilatérale ;

3° Le droit de résiliation n'est point un droit absolu, mais bien un droit relatif, causé, qui ne peut être exercé que pour des motifs légitimes, à bon escient, conformément à l'esprit même de l'institution : son usage abusif est générateur de responsabilité » (1).

Cet exposé est clair. En principe, les fiançailles ou promesses de mariage présentent bien le caractère d'un contrat, mais par sa nature même, cette convention laisse à chacun des contractants une faculté de libre rupture. En principe donc cette rupture ne peut donner lieu à aucune action en indemnité.

Seulement, si un des contractants abuse de ce droit de

1. Josserand, *Le problème de la rupture des fiançailles*. Chronique D. H., 10 mars 1927, n° 10, p. 24, et aussi Josserand, *L'abus des droits*, p. 41,

libre rupture, une action fondée sur l'article 1382 pourra être exercée en vertu de cet abus. C'est une ingénieuse combinaison entre l'idée que les fiançailles ou promesses de mariage présentent bien le caractère d'un contrat avec faculté de résiliation unilatérale et la célèbre théorie de l'abus du droit.

Nous n'avons pas exposé cette solution dans notre première partie car on ne peut pas dire que la jurisprudence l'ait jamais faite sienne.

On cite certains arrêts qui auraient fait application de l'abus de droit en notre matière. M. André Rouast prend soin de nous avertir que ces arrêts y font « tout au moins allusion » (1). En réalité aucune de ces décisions citées n'envisage, quelle que puisse être la bonne volonté du commentateur, l'idée d'un contrat avec droit de rupture unilatérale. La Cour d'Alger et la Cour de Lyon (2) ne statuent même pas sur un cas de rupture de promesse de mariage par un des fiancés, mais sur l'abus du droit d'opposition au mariage par un père de famille.

Nous avons déjà cité un arrêt de la Cour de Dijon qui signale l'abus possible du droit de rompre de simples pourparlers (3). Cet arrêt ne fait que confirmer la distinction que nous faisons soigneusement entre ces pourparlers et les promesses de mariage.

La décision la plus curieuse à analyser, à notre avis, est l'arrêt de la Cour de cassation que nous avons déjà signalé (4) rendu le 2 mars 1926. La Cour a-t-elle été impressionnée par les critiques formulées contre le système de la jurisprudence ?

Toujours est-il qu'elle ne fonde plus sa décision sur le principe de la liberté du mariage, et qu'elle ne rappelle même plus que les promesses de mariage n'ont aucun effet

1. Planiol et Ripert, *op. cit.*, vol. 2, *La famille*, par M. André Rouast, n° 84, et les arrêts cités en note.

2. Alger, 9 avril 1895, D. 95.2.320, S. 96.2.79 ; Lyon, 23 janvier 1907, D. 1908.2.73, S. 1909.2.310.

3. *Supra*, 1^{re} partie, chap. 3, p. 40.

4. D. H. 1926, p. 186. Cf. *supra*, 1^{re} partie, chap. 3, p. 41.

obligatoire. La Cour se contente de dire que leur rupture « ne constitue pas une faute contractuelle » et l'on pourrait interpréter les motifs de l'arrêt dans le sens de la théorie exposée par M. Josserand à savoir qu'il y a dans les promesses de mariage une convention dont la rupture ne constitue pas le débiteur en faute.

La Cour ajoute que « le refus d'exécuter cette promesse peut, suivant les circonstances, dégénérer en un fait domageable ». Bien que le mot d'abus de droit ne soit pas prononcé, on pourrait soutenir que la Cour de cassation a tenté d'esquisser avec une prudence sybilline, plus par son silence que par les arguments de la décision, un revirement de jurisprudence dans le sens proposé par M. Josserand.

Mais c'est là une tentative — si tentative il y a — trop timide et trop hermétique pour que l'on puisse dire que la doctrine du contrat avec faculté de rupture unilatérale, sanctionnée le cas échéant par l'abus du droit de rompre, a été adoptée par notre jurisprudence.

Que faut-il penser de cette solution ? Nous estimons, pour notre part, qu'elle ne répond pas à la nature même des fiançailles et qu'elle ne saurait trouver place dans le cadre actuel de la loi positive.

Elle ne répond pas à la nature même des fiançailles. « Définissons les mots » aimait à dire Voltaire. Par fiançailles ou promesses de mariage, faut-il n'entendre qu'un projet d'union, projet livré au bon plaisir de chacun des fiancés qui acquièrent seulement par cette qualité le droit de se voir à l'aise sans que le public puisse s'en étonner ? Faut-il considérer avec M. Bedel, qui prétend nous présenter un tableau des mœurs scandinaves, que « l'amour est un acte franc qui se développe dans le mariage entre ces deux garanties de bonheur individuel : les fiançailles et le divorce » (1), et définir les promesses de mariage comme le droit à un essai auquel chacun est absolument

1. Bedel, *Jérôme 60° Latitude Nord*.

libre de mettre un terme, à condition de respecter les convenances et les formes? C'est une conception sans doute à laquelle répondrait bien la notion de contrat purement unilatéral. Mais est-ce bien là la conception de la société française dans laquelle nous vivons?

Le juge, en effet, lorsqu'il interprète un contrat, et en particulier un contrat qui n'est pas défini par le code, ne doit pas oublier la règle capitale, trop souvent perdue de vue, que lui trace l'art. 1135 du Code civil: « Les conventions obligent non seulement à ce qui est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'*usage* ou la loi donnent à l'obligation, d'après *sa nature* ». Il ne s'agit pas de statuer sur une conception théorique des fiançailles, voire sur l'idée que peut s'en faire tel ou tel peuple. Il s'agit de statuer sur les fiançailles, telles que les considère notre société française actuelle, dans son ensemble.

Or, on pense communément dans notre société que des jeunes gens officiellement, publiquement fiancés doivent aboutir au mariage. Une rupture n'apparaît pas comme normale ni même comme probable. On la considère comme un accident, imprévu ou fâcheux. En un mot le contrat est interprété par la Société comme un échange de parole avec l'intention réciproque, non de faire un essai aléatoire, mais de s'unir par le mariage dans un délai plus ou moins bref. C'est une transition ménagée entre deux états.

Evitons de justifier les critiques que M. Ripert adresse au caractère abstrait, logique... du droit des contrats et obligations (1). Les règles qui régissent les fiançailles relèvent des mœurs, c'est-à-dire, comme l'a écrit justement le même auteur, non de « je ne sais quel vague idéal de justice, mais cette loi bien précise qui régit les sociétés occidentales modernes et qui est respectée parce qu'elle est imposée par la foi, la raison, la conscience ou tout

1. Georges Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, éd. 1925, p. 4.

simplement suivie par l'habitude ou par respect humain » (1).

La conception des fiançailles catholiques, « sorte de noviciat du mariage » (2), qu'elle soit dictée par la foi ou par l'habitude, ne permet pas une interprétation aussi lâche du lien qui unit les fiancés. Et les usages mondains consacrent cette notion des fiançailles. Ils ne laissent pas dans l'ombre la situation des fiancés, ce qui aurait lieu si une rupture pouvait normalement survenir d'un moment à l'autre. Alors qu'un secret vigilant entoure les pourparlers, il est d'usage au contraire de donner aux fiançailles une large publicité, d'en faire part aux parents et amis, de se livrer à quelques réjouissances. Si un des fiancés est invité à une soirée dansante, ou à un mariage, on se doit d'y convier l'autre. Sans être un état, une institution spécialement réglementée et sanctionnée par le droit comme le mariage, les fiançailles, qui en sont l'antichambre, constituent un état mondain, si l'on peut ainsi s'exprimer. Dans la bourgeoisie moyenne, dans les campagnes, les « fiancés » ou les « promis » ne sont pas considérés comme liés d'une manière tout à fait provisoire. Et ce jugement du sens commun, ces usages répondent au fond, dans la plupart des cas, aux intentions des fiancés eux-mêmes.

Sans doute, cela apparaît nettement lorsqu'il s'agit de fiançailles, mot réservé aux promesses de mariage ayant un certain caractère officiel se traduisant par des faire-parts, échanges de cadeaux ou d'une bague, réjouissances, visites, etc... Mais, objectera-t-on, cet état sera peut-être moins net dans certains milieux où les échanges de promesses ne sont pas au point de vue mondain entourés de publicité et de solennité.

Certes, il faudra beaucoup de finesse au juge pour distinguer les promesses de mariage des simples pourparlers. Nous l'avons vu. Il y a là une ligne de démarcation crépusculaire très délicate à fixer entre ces deux situations.

1. Georges Ripert, *ibid.*

2. Louis Rigaud, *La fiancée*, *op. cit.*, p. 21.

Il y a, il y aura toujours, dans la réalité des choses et *a fortiori* dans les réalités d'ordre psychologique, des états intermédiaires bien difficiles à classer dans des catégories juridiques, comme il y a en sciences naturelles des êtres de transition entre les règnes.

C'est cette période de pourparlers qui laisse à chacun, comme le souligne l'arrêt de Dijon, la pleine et entière liberté de se retirer. C'est l'évidence même.

Mais les fiançailles une fois faites, les promesses une fois échangées sans équivoque, nous avons démontré que la coutume trace aux fiancés des obligations plus solides que celles que la théorie de contrat susceptible de rupture unilatérale leur assigne, et le juge, appliquant les règles de l'art. 1135 qui sont celles du bon sens, ne peut pas adopter ce système, si séduisant fût-il.

Il ne le pourra pas pour une autre raison plus technique tirée de la loi positive.

Un engagement avec faculté de résiliation unilatérale n'est pas prévu en matière de fiançailles par un texte spécial. Notre contrat ne saurait donc échapper aux principes généraux des obligations suivant lesquels un pareil contrat serait nul comme soumis à une condition purement potestative. L'art. 1174 du Code civil consacre cette règle, qui, nous le verrons, permettra au juge dans bien des cas de distinguer un simple projet de véritables fiançailles.

Mais, plus que cet argument, nous croyons qu'en raison du but des fiançailles, qui est beaucoup plus un acheminement au mariage qu'une simple période d'essai, la théorie proposée par M. Josserand ne saurait prévaloir.

TITRE II

ESSAI D'UN SYSTÈME DE JURISPRUDENCE FONDÉ SUR LA THÉORIE DU CONTRAT

AVANT-PROPOS

Le contrat de promesses de mariage.

Si la solution contractuelle nous paraît la seule vraie, la seule conforme à la tradition historique, aux dispositions du droit positif et surtout aux réalités, nous sommes loin de penser que les solutions du juge anglais soient pleinement satisfaisantes. Nous avons signalé en passant les abus auxquels l'action donnait lieu. Sans doute, beaucoup de ces abus ont pour cause la procédure elle-même et très spécialement l'intervention obligatoire du jury ; mais elle provient aussi d'un flottement dans l'esprit même du juge sur la nature intime de ce contrat. Si le juge français, après avoir quitté le terrain contractuel, y revient pour exiger la preuve écrite de la promesse, le juge anglais fait quelques incursions dans le domaine des *torts*, et pour l'évaluation des dommages-intérêts, et aussi pour écarter l'action contre les héritiers ; nous avons longuement insisté sur les hésitations du juge, qui, à l'analyse, semblait incliner vers cette idée que nous serions en présence d'une action mixte où la responsabilité contractuelle est mâtinée de *tortious elements*.

Il faudrait, à notre avis, pousser davantage l'analyse de ce contrat, pour arriver à une bonne solution. Le juge, en présence d'un contrat quelconque, doit rechercher l'*intention des parties*. C'est le principe de l'autonomie de la volonté, fondement de notre droit des obligations, qui nous permettra de résoudre la question sans faire appel au législateur. Qu'ont voulu les parties ? Voilà non seulement ce que le juge peut se demander, mais doit se demander. Or, la période des fiançailles dans un sens large répond à une évolution de cette volonté, qui se marquera, soit dans la correspondance, soit par des actes extérieurs.

Il y aura d'abord une période de simples pourparlers. A ce premier stade, aucun engagement n'est pris. La manifestation de ces pourparlers est bien différente suivant les milieux sociaux. Dans nos campagnes ou dans nos faubourgs ouvriers, on emploie une expression simple et pittoresque. On dit que les jeunes gens « se causent ». Aujourd'hui, même dans la bourgeoisie, les pourparlers débutent souvent par des conversations directes entre jeunes gens et jeunes filles qui se sont rencontrés dans une soirée, une surprise-party, au tennis ou à l'Université. On échange des idées, on veut se connaître, mesurer les affinités qui vous unissent, contrôler si la première impression, le premier regard n'a pas été trompeur. Il va sans dire qu'il n'y a rien de fait, et l'on ne se contenterait plus aujourd'hui de motiver, même à Londres, une décision sur de simples apparences extérieures comme le fit le juge Pigot, que nous avons cité (1) plus haut.

Un arrêt de la Cour d'appel de Dijon (2) prend soin de préciser que le droit de mettre fin à ces pourparlers ne fait pas de question. Il est actuellement reconnu comme souhaitable par les plus hautes autorités sociales que les futurs époux puissent avant de prendre une décision définitive, se voir, s'entretenir et se mettre d'accord sur les grands pro-

1. V. *supra*, II^e partie, section 1, p. 57.

2. Dijon, 14 juin 1927, *G. P.* 1927-2-408.

blèmes de la vie : religion, éducation des enfants, goûts personnels etc.. (1). Aucune obligation ne saurait naître de pareilles conversations. Est-ce dire que, si elles n'aboutissent pas, il n'en résultera aucun dommage, pour une jeune fille spécialement ? Nous répondrons que le dommage ne peut venir que du fait que ces pourparlers ont été portés à la connaissance du public. Cela peut arriver par le fait assez fréquent, que les jeunes gens se seront comme on dit « affichés ». Mais dans ce cas, la jeune fille ou ses parents ont commis une imprudence puisqu'il n'y avait alors aucun engagement sérieux d'arrêté. Si l'on adopte les mœurs dites « modernes » donnant à la femme une grande liberté d'allures et tendant à la mettre sur le même pied que l'homme, il faut qu'elle en accepte les conséquences. Dans la mesure où la liberté grandit, la protection diminue. Du fait même que l'opinion générale, à tort ou à raison, se montre indulgente pour les « flirts » et n'en tire pas grandes conséquences, le dommage purement moral, l'atteinte à la réputation, sera généralement inexistant et en tout cas voulu par la victime elle-même. Toutefois, nous pensons que s'il s'agissait de pourparlers secrets et qu'un des fiancés, par imprudence ou intention de nuire, livre à la malignité publique l'existence et les résultats de ces pourparlers et qu'il en résulte un dommage à la réputation de l'un d'eux, une action en indemnité fondée sur l'art. 1382, serait possible, mais cette action n'aurait rien à voir avec une action en rupture de promesses de mariage.

Les premiers pourparlers aboutissent parfois à un engagement officieux. On se promet le mariage, mais on n'en parle à personne et on convient d'un certain délai avant de célébrer les fiançailles officielles et d'en faire part au public. Supposons dans ce cas qu'une des parties, au bout

1. Cf. Louis Rigaud, *La fiancée*, chez Spes 1927, p. 21. « Le mariage catholique étant indissoluble, il importe que les futurs époux se connaissent bien avant de s'engager définitivement ; s'il est indissoluble, il ne faut pas que le mariage soit une « loterie » ».

de quelque temps, refuse de se fiancer et rompe cet engagement officieux ; l'autre pourra-t-elle agir en justice ?

Le juge ici considérera que l'intention des parties n'était pas de conclure un engagement définitif, mais que chacun d'eux se réservait de reprendre sa parole. Cela doit être présumé par la nature même d'un tel engagement. La jurisprudence attache une grande importance à la publicité, mais surtout en tant qu'élément de préjudice. Nous pensons, nous, que la publicité est la pierre de touche de l'intention des parties. Leur engagement est purement unilatéral, comme l'était l'engagement des fiancés en droit romain ; chacun y pouvait mettre fin par une formule de répudie-ment. Le cœur a parlé plus vite que la raison. Mais celle-ci, parfois, grâce à l'action modératrice des parents, exige un temps d'épreuve. La situation s'analyse au point de vue juridique comme un engagement affecté d'une condition purement potestative. Sans doute, le juge ne trouvera pas généralement cette intention révélée par la correspondance ou par un écrit, car lorsqu'un engagement de ce genre intervient, il n'est pas formulé d'une manière formelle. On ne dit pas : « Je m'engage, mais je me réserve de me retirer. » Mais, si les parties ont décidé de ne faire aucune publicité ni aucune de ces cérémonies extérieures qui révèle, aux yeux du monde, l'état de fiancés, le juge peut et doit en déduire qu'elles ont voulu ainsi formuler tacitement et par une attitude négative, une condition potestative. La convention est alors nulle et ne peut donner lieu à aucun dommages-intérêts (art. 1174 du Code civil). Cette interprétation, que certains trouveront peut-être hardie, de l'intention des parties est un procédé classique de la jurisprudence, et M. Perreau, Professeur à la Faculté de droit de Toulouse, n'a pas manqué de le souligner dans son savant ouvrage sur la technique de la jurisprudence en droit privé : « Le travail réformateur des tribunaux, écrit-il, en tablant sur l'autonomie de la volonté, devient particulièrement curieux lorsqu'il se poursuit sourdement, en sous-entendant par voie d'interprétation, un engagement impli-

cite, dans les faits et gestes d'un plaideur. Le procédé n'est pas nouveau... » (1)

Mais si des présents ont été échangés, le juge devra-t-il en ordonner la restitution? Là encore, s'il ne s'agit que de ces menus présents que des « promis » officieux se font en témoignage de leur affection, le juge, appréciant l'intention des parties, pourra dire que ces présents n'ont pu être faits sous condition d'un engagement qui n'a pas été pris et qu'il n'y a pas lieu à restitution.

On voit que, par ces procédés, le juge sauvegarde parfaitement la liberté du mariage, et que, tout en donnant aux promesses de mariage le caractère d'un contrat, un tel système n'empêche pas les jeunes gens de s'étudier et de se connaître, d'éviter ainsi de se lancer à la légère dans la grande aventure dont dépendra, en définitive, leur bonheur et parfois celui de leurs enfants. Est-ce dire là encore que si ces pourparlers et cet engagement secret sont jetés en pâture à la malignité publique et qu'un dommage réel s'en suive pour l'une des parties, celle-ci serait sans recours? En aucune façon. Mais ce recours consistera en une action distincte de l'action en rupture, en une action fondée sur l'art. 1382; la partie qui se jugera lésée, devra établir qu'elle a subi un préjudice, et que ce préjudice vient du fait que l'autre partie a réellement rendu public un engagement ou des pourparlers secrets : les juges sont ici souverains pour apprécier la faute, c'est-à-dire la négligence ou l'intention de nuire. Le défendeur pourra opposer qu'il y a faute partagée si l'autre partie a elle-même commis la même imprudence. Cette action, absolument indépendante de toute promesse de mariage, pourrait d'ailleurs être intentée contre un parent, si c'est lui qui a commis l'imprudence de divulguer les secrets de l'engagement et de sa rupture. Il arrive en effet parfois que, pour forcer la main à un fiancé encore hésitant, l'autre partie répande dans le public la

1. H. Perreau, *Technique de la jurisprudence en droit privé*, éd. 1923, t. II, p. 29.

nouvelle des fiançailles afin de le compromettre aux yeux du « monde » et de bien fermer toute retraite. Elle serait alors mal fondée à se plaindre, en cas de rupture, d'une publicité qu'elle aurait provoquée.

Mais voici qu'après cette période un peu incertaine, s'affirme nettement, de part et d'autre, la volonté de contracter mariage. Elle s'affirme de telle façon qu'aucune équivoque n'est possible. Les fiancés se présentent comme tels dans le monde. Ils font part de leur union prochaine à leurs amis, soit verbalement, soit par écrit, et l'usage, dans les milieux de l'aristocratie et de la bourgeoisie moyenne, est d'adresser des « cartons » faisant part des fiançailles. La jeune fille a montré à ses amies la bague, vieille tradition que l'on trouve déjà en droit romain, et chacune a pu admirer à l'annulaire de la main gauche, le *digitus medicinalis* des romains dont la veine, croyaient-ils, aboutissait au cœur, le gage d'union prochaine qui est encore en usage dans notre société française.

Le juge affirmera l'intention des parties et dira qu'il y a contrat, et un contrat bilatéral, parfaitement valide. Mais, dira-t-on, et la liberté du mariage ? Nous avons déjà répondu que, dans des cas analogues, et en raison de la publicité, élément de préjudice retenu par les tribunaux, la jurisprudence française avait, en vertu de l'art. 1382, accordé l'indemnité qu'elle refusait au nom de l'art. 1142 et atteint d'une autre manière, non moins efficace, la liberté du mariage. Nous avons montré qu'elle avait donné à ce principe que les mariages doivent être libres, une portée beaucoup trop étendue. Nous pensons que, sur le terrain du contrat, la liberté nécessaire aux époux est largement sauvegardée. Est-il utile de rappeler qu'en définitive, il ne s'agit que d'une exécution par équivalent de dommages-intérêts et qu'en aucun cas, par l'application même des règles du Code civil sur les obligations de faire, le juge ne peut condamner le défendeur à contracter mariage. Nous faisons même nôtre, à cet égard, la jurisprudence du Parlement de Paris, citée par Pothier, qui défend au juge d'offrir aux

fiancés, par sa condamnation, l'alternative de payer l'indemnité ou d'épouser la demanderesse, et ceci, au nom du principe de la liberté du mariage.

Mais nous pensons que cette liberté, le juge français pourra la sauvegarder en appliquant sagement les principes généraux du droit des obligations nées du contrat, et par une appréciation stricte de la volonté des parties, en faisant jouer largement les notions de capacité et d'erreur de condition, par l'appréciation des dommages-intérêts, et par les règles relatives aux preuves. Pour apprécier cette intention des parties et notamment pour apprécier la bonne foi des contractants, notion qui domine toutes les règles des obligations (art. 1134, al. 3), le juge n'oubliera pas qu'aux termes de l'art. 1135 du Code civil « les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature (1) ». Nous pensons, et nous allons essayer de démontrer que le juge trouverait sur ce terrain des moyens techniques, d'une très grande valeur, chef-d'œuvre de clarté et de logique que nous ont légués les juristes romains et les canonistes, et qui l'aideraient à établir un système cohérent, souple et solidement charpenté, lequel, tout en sauvegardant le principe de la liberté du mariage, et en fermant la porte aux abus, lui permettrait d'accorder de justes réparations quand l'équité et la justice le requièrent.

1. Cf. Planiol et Ripert, Vol. 6, *Des oblig.*, n° 379, éd. 1930, p. 524.

CHAPITRE I

Du consentement.

SECTION I. — Forme du consentement.

C'est sur ce terrain que le juge aurait en main un instrument technique très délicat sans doute, mais extrêmement souple. Cherchons à en montrer, du moins dans ses grandes lignes, le fonctionnement.

Qui dit consentement dit accord de volonté ; il est donc évident que le juge, ainsi que nous l'avons vu en droit anglais et en droit écossais, ne sanctionnera pas une promesse purement unilatérale. Cette considération apparaît tellement claire en théorie qu'il semble puéril de la formuler ; mais, dans la pratique, l'application de ce principe posera un certain nombre de problèmes qu'il est utile et intéressant d'étudier.

Le juge doit être convaincu qu'il y a acceptation ; cette acceptation devra-t-elle être expresse ou pourra-t-elle être tacite ? Pour le juge anglais et le juge écossais il suffit que la promesse ait été reçue avec faveur pour qu'ils s'autorisent à tirer de la conduite et de l'attitude de la femme une présomption d'acceptation qu'il appartiendrait à l'homme de détruire par la preuve contraire, s'il prétend que cette acceptation n'a jamais eu lieu. Rien n'empêche qu'il en soit ainsi et, réserve faite des règles relatives à la preuve, la manifestation de la volonté de chaque contractant n'est soumise en principe, dans notre droit français, à aucune forme spéciale lorsqu'il s'agit de contrats consensuels. « En principe, la volonté tacite a autant de force que

la volonté expresse du moment où elle est établie » (1). Le juge recherchera si la volonté est sérieuse et si elle s'est suffisamment manifestée.

Les mêmes auteurs précisent notamment que « l'acceptation est susceptible de revêtir comme l'offre une forme verbale ou écrite... Mais l'adhésion à la proposition peut aussi et plus fréquemment que l'offre être tacite et s'induire de certains faits qui impliquent chez leur auteur l'intention d'accepter » (2).

Qu'à une offre de promesse de mariage, l'autre partie ne réponde pas, et voici le fameux problème du silence qui se pose en notre matière. L'étude que nous avons faite de la jurisprudence anglaise nous démontre que ce n'est pas là une hypothèse d'école purement théorique. Nous avons vu que la question s'est posée dans l'affaire *Wiedeman c. Walpole* (3) sur un terrain un peu différent, il est vrai, puisqu'il s'agissait dans l'espèce de décider si le silence pouvait être considéré comme une *material corroboration* du témoignage de la plaignante. C'est donc plutôt sur le terrain de la preuve que s'est placé le juge anglais pour apprécier. Nous avons déjà rappelé à ce propos les principes clairs et logiques posés par notre jurisprudence qui, en dehors des cas formellement prévus par la loi comme la tacite reconduction, et en dehors de la théorie du mandat tacite de l'autorisation maritale, ne considère pas que le silence puisse valoir acceptation. La Chambre civile de la Cour de cassation a, par son arrêt du 25 mai 1870 jugé « qu'en droit, le silence de celui qu'on prétend obligé ne peut suffire, en l'absence de toute autre circonstance, pour faire preuve contre lui de l'obligation alléguée » (4). Ce principe ne souffre d'exception que « dans le cas où l'autre partie doit nécessairement interpréter son silence

1. Planiol et Ripert, vol. 6. *Des oblig.*, 1, n° 105, p. 127, éd. 1930.

2. Planiol et Ripert, *op. cit. ibid.*, n° 107.

3. Voir *supra* 2^e partie et notamment l'opinion du juge Bowen p. 79.

4. Cas s. civ., 25 mai 1870, D. 70.1.257.

comme un engagement » (1). Il faut donc que les parties aient été en relation d'affaires ou juridiques par un contrat antérieur.

S'il est un cas où le silence ne doit pas être interprété comme une acceptation, c'est bien celui des promesses de mariage. Il est évident, si l'on considère la gravité d'un tel engagement, qu'une attitude purement passive, que le fait de ne répondre d'aucune manière à des propositions de mariage, ne peut que révéler un état d'esprit, sinon d'indifférence, du moins d'hésitation, lequel ne saurait rentrer dans le cadre étroit tracé par la jurisprudence et autoriser le pollicitant à soutenir que le silence équivalait à un consentement. Il s'ensuit donc que, lorsqu'on voudra dans la pratique établir l'existence de promesses bilatérales, il faudra que les promis, si aucune correspondance n'est produite, aient par quelque manifestation extérieure non équivoque, exprimé devant témoin leur volonté réciproque ; sinon le défendeur pourra opposer à une demande en dommages-intérêts une fin de non recevoir tirée de l'absence de promesse bilatérale. Il s'ensuit qu'en général, toutes les fois qu'en fait, les jeunes gens ne se seront pas « affichés », une telle preuve en dehors d'un écrit ne sera pas possible à administrer.

SECTION II. — Validité du consentement.

Pour qu'il y ait contrat, il faut qu'il y ait accord de volonté. Et pour que la manifestation de cette volonté puisse être reconnue par le juge comme constituant la *loi* des parties, il faut que celles-ci soient capables et que leur volonté soit exempte de vices.

§ 1. CAPACITÉ. — Que décider de la promesse de mariage souscrite par un mineur ? Si l'on applique la règle générale des contrats, le mineur pourra-t-il opposer une

1. Colin et Capitant, *Cours él. de dr. civ. franç.* T. 2, p. 276.

exception de nullité à toute action intentée contre lui ?

Ici pourra se poser une question délicate. On sait qu'il existe certains actes qui, en raison de leur caractère essentiellement personnel, échappent, soit en vertu de la loi, soit par la coutume jurisprudentielle, aux règles ordinaires de la nullité. Il en est ainsi pour l'engagement volontaire dans les armées de terre ou de mer (1), la reconnaissance d'un enfant naturel (2), le testament (art. 901 du Code civil) et surtout le mariage et le contrat de mariage. Pourquoi la jurisprudence, appliquant la vieille règle de nos anciens Parlements : *Habilis ad nuptias, habilis ad nuptialia pacta*, n'appliquerait-elle pas ce principe aux promesses de mariage, par analogie avec les dispositions de l'art. 1398 du Code civil qui dispose que « le mineur habile à contracter mariage est habile à consentir toutes les conventions dont ce contrat est susceptible ». Moins libéral que l'ancienne jurisprudence, mais peut-être plus sage, le Code civil exige d'ailleurs que le mineur, pour faire un contrat de mariage, soit assisté de ceux dont le consentement est exigé par la loi pour le mariage. Ainsi, en matière de promesses de mariage, il conviendrait que l'on établisse, pour pouvoir poursuivre le mineur, qu'il a donné sa parole avec l'assistance et le consentement de ceux qui doivent légalement consentir au mariage. Si ce consentement n'est pas établi, la promesse serait aussi nulle que le serait un contrat de mariage dressé dans de telles conditions.

Mais, dira-t-on, le juge, en étendant par voie d'analogie à tout autre contrat les dispositions de l'art. 1398 visant tout spécialement le contrat de mariage, commettrait une grave erreur de méthode dans l'interprétation du droit : ce texte est en effet dérogoire au droit commun et doit être comme tel, interprété restrictivement.

1. Loi du 21 mars 1905, art. 50-6°. Décret du 28 janvier 1890, art. 2. Loi du 24 décembre 1896, art. 10 et 51.

2. Cass. civ., 22 juin 1813, D. R., n° 492-1°. Ce n'est d'ailleurs pas un contrat, mais la déclaration, l'aveu d'un fait.

Cette objection aurait toute sa valeur si le juge étendait les dispositions de ce texte en dehors du champ pour lequel il a été fait. Si on analyse de plus près le texte même de l'art. 1398, on y distingue deux parties.

D'une part, le Code formule un principe d'une portée très générale : « le mineur habile à contracter mariage est habile à consentir toutes les conventions dont ce contrat est susceptible » ; soulignons la généralité des termes employés : « toutes les conventions ». Ce sont d'une part, sans doute, les conventions matrimoniales proprement dites, celles qui ont pour objet de régler l'association de biens entre les époux, mais aussi toute autre convention dont le mariage est susceptible, qui a directement trait au mariage. Comment les promesses de mariage, qui ont pour objet le mariage lui-même, échapperaient-elles à cette règle ?

Sans doute, s'il s'agissait d'étendre la portée de ce texte à des contrats n'ayant qu'indirectement trait au mariage, par exemple des contrats passés avec des fournisseurs pour l'achat d'une robe de mariée, ou avec un propriétaire pour la location d'un appartement en vue du mariage, il y aurait incontestablement abus d'interprétation. Mais ici, il s'agit bien d'une de ces conventions qui ont pour objet le mariage.

La jurisprudence n'a d'ailleurs pas hésité pour des considérations d'utilité pratique à étendre la portée de certains textes bien au-delà de la limite que semblait leur avoir donnée le législateur « les art. 1108 à 1183 relatifs aux conditions de validité des contrats d'ordre patrimonial, sont appliqués journellement, écrit M. Perreau, soit aux actes juridiques patrimoniaux unilatéraux, comme les testaments, soit aux conventions ou actes concernant la personnalité comme le mariage ou la reconnaissance d'enfant naturel » (1).

Le même auteur cite l'art. 1315 qui vise la preuve des

1. G. H. Perreau, *Technique de la jurisprudence en droit privé*, T. 1, éd. 1923, p. 289.

seules obligations et du paiement et qui constitue avec les articles suivants les principes fondamentaux de la preuve, en toute espèce de matière.

La deuxième partie du texte vise les donations et conventions qu'il a pu faire dans le contrat de mariage. On sait précisément que les contrats de mariage indiquent souvent que les futurs époux prennent l'engagement de se marier incessamment et que la promesse de mariage se trouve souvent être une de ces conventions dont parle le Code.

Nous pensons donc que le juge peut très bien appliquer aux promesses de mariage souscrites par des mineurs, le principe *habilis ad nuptias, habilis ad nuptialia pacta*, en le tempérant par analogie avec l'art. 1398, et en obligeant le demandeur à établir le consentement de ceux qui, aux termes de la loi, doivent le donner au mariage lui-même.

Il nous semble que la Cour de cassation a fait de cette maxime et de ce texte une interprétation beaucoup plus hardie et infiniment plus discutable, en n'hésitant pas à l'étendre par voie d'analogie à d'autres incapables, et notamment au prodigue (Cass. 5 juin 1889, S. 89.1.413).

La solution que nous proposons nous paraît socialement satisfaisante. Un jeune homme ou une jeune fille mineurs ne mesurent certainement pas, ou mesurent moins que des majeurs, l'importance que peut avoir une promesse de mariage. Dès lors, il convient, en cas de rupture et d'action en rupture de promesse, d'accueillir l'exception de nullité qu'ils soulèvent. Mais si ceux qui doivent donner leur consentement, -- les parents notamment -- ont donné leur assentiment à la promesse, on conçoit que le fiancé délaissé pouvait avoir de justes raisons de croire que le mariage aurait lieu et qu'il était bien fondé à se fier à la parole du mineur. S'il avait engagé quelque dépense sur la simple promesse non ratifiée par les parents, il se serait montré imprudent et en droit comme en équité son action ne pourrait être accueillie.

Et ce consentement des parents aurait pu être déduit, comme en matière de mariage, par l'attitude de ceux-ci, si,

par exemple, ils avaient publiquement manifesté leur satisfaction, et laissé les jeunes gens prendre une attitude de fiancés. La plupart du temps, cette preuve résulterait de l'envoi des faire-parts de fiançailles qui sont généralement rédigés par les parents, et par des réjouissances données à l'occasion des fiançailles. Le juge devra ici se montrer prudent et ne pas confondre cette situation avec celle toujours un peu équivoque des pourparlers préliminaires au cours desquels les jeunes gens se fréquentent et sont reçus par leur famille, alors que rien de définitif n'a encore été convenu entre eux.

Si, au contraire, on appliquait les règles du droit commun concernant la capacité requise pour contracter, ainsi que le fait le juge anglais, il faudrait établir, pour triompher dans l'exception de nullité opposée à une action en rupture, une lésion, si faible soit-elle. Dans une matière aussi personnelle, cette démonstration ne sera pas toujours possible ; enfin et surtout, il serait choquant que le mineur en tutelle demandât l'autorisation de se fiancer au tuteur, et non à ceux dont le consentement a été prévu par la loi, en raison des liens de parenté qui les unissent au mineur et qui sont supposés prendre plus d'intérêt au bonheur futur de celui-ci. Il serait dangereux, par ailleurs, qu'un mineur fût obligé d'avoir l'autorisation de son tuteur ; celui-ci pouvant avoir intérêt à prolonger la tutelle, sera tenté de faire échouer par son refus, le projet de mariage.

En appliquant l'art. 1398, en tous cas, le juge permettra au mineur qui aura, par pur et simple emballement, souscrit une promesse de mariage sans s'assurer du consentement de ses parents, d'échapper à l'action en rupture alors que, sur le premier terrain de l'art. 1382, nous avons souligné en son temps que le mineur ou ses parents responsables pouvaient être poursuivis en raison de son quasi-délit, dans tous les cas où la rupture de promesse de mariage pouvait donner lieu à indemnité (1).

1. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, titre III, 1^{re} partie, p. 438.

Ajoutons que le juge français est mieux outillé que le juge anglais pour résoudre la question de la ratification de la promesse de mariage. Il n'est pas douteux que la ratification par le mineur parvenu à sa majorité, fera disparaître le vice d'incapacité (art. 1311 du Code civil), sans qu'il soit besoin d'introduire cette distinction subtile du droit anglais entre une simple ratification et une nouvelle promesse de mariage (1), distinction laissée à la libre appréciation du jury et qui offre trop de prise à l'arbitraire, alors surtout, nous l'avons vu, que l'analyse des décisions anglaises ne permet guère de dégager un critérium satisfaisant.

Examinons enfin une dernière question. Supposons que le mineur puisse opposer avec succès l'exception de nullité à l'action en rupture de promesse de mariage fondée sur l'article 1142 ; le demandeur ne pourrait-il agir sur le terrain de l'article 1382 ? C'est la question du cumul des responsabilités. Elle consiste à se demander si, lors même qu'il s'agit de préjudice résultant d'une obligation contractuelle, on ne peut pas en même temps que les règles de la responsabilité contractuelle, faire bénéficier la victime des règles de la responsabilité délictuelle, si les conditions générales de celle-ci se trouvent réunies ? Il ne s'agit pas de cumuler le bénéfice de deux actions en obtenant plus que le montant du préjudice, mais de choisir la plus favorable et surtout d'invoquer la responsabilité délictuelle quand l'action contractuelle se trouvera manquer. Dès lors que la jurisprudence reconnaît aux promesses de mariage une existence juridique d'ordre contractuel, un retour indirect au système ancien serait contraire au bon sens.

Nous avons vu à cet égard que le droit anglais, en ce qui concerne le mineur, se tient soigneusement sur le terrain du contrat. Et le juge en tire cette conséquence que le mineur ne saurait être responsable en *tort* de la violation, d'un contrat, car on obtiendrait ainsi une sanction indi-

1, Cf. *supra*, 2^e partie, chap. 2, p. 82.

recte du contrat qui ne lui est pas opposable. Le juge Byles a parfaitement résumé le sens de cette règle en disant :

« La règle est claire... en ce qui concerne les mineurs, qu'on ne peut, en agissant *ex delicto* (c'est-à-dire en *tort*) changer la nature et l'étendue de leur responsabilité » (1).

C'est aussi chez nous l'opinion des auteurs :

« Lorsqu'une disposition de loi limite, dans son étendue ou sa durée, la responsabilité résultant de l'inexécution d'un contrat, ce serait la réduire à néant et mettre le législateur en contradiction avec lui-même que de permettre de l'écarter en appliquant les règles de la responsabilité délictuelle. Certains arrêts l'ont compris et ont justement écarté le cumul, spécialement lorsqu'on a prétendu par ce moyen échapper aux règles de la responsabilité contractuelle des incapables, lesquelles manqueraient leur but si, sous prétexte de faute délictuelle dans l'inexécution du contrat, l'incapable était déclaré responsable de cette inexécution » (2).

La doctrine et la jurisprudence de chaque côté du détroit se rejoignent pour écarter très justement le cumul. C'est ce que ferait le juge en matière de promesse de mariage, sous peine de retomber à nouveau dans l'incohérence. Il n'y a pas en effet dans la réalité, deux fautes. Il y a une faute, qu'il s'agit de qualifier. Elle est contractuelle si elle consiste dans le fait de la rupture d'un contrat d'où s'en suit un préjudice : elle est alors présumée et suit la règle de la responsabilité contractuelle. Ou bien elle est délictuelle, et doit être spécialement établie, toutes les fois qu'un dommage est causé à autrui autrement que par le fait de la violation d'un contrat. Si, par sa nature, la faute est contractuelle, on ne peut, comme le dit très justement le juge Byles, modifier cette nature en agissant sur le terrain délictuel. Ce n'est pas l'action qui qualifie un acte juridique. Il

1. Burnard c. Haggis (1863), 14 C. B., n° S. 45. Cité par Stephen, *op. cit.*, vol. III, trad. Mitchell, ch. 17, sect. I, p. 593.

2. Planiol et Ripert, vol. 6. *Des Orig.*, I, n° 493, éd. 1930, p. 685. Cass. civ., 14 et 15 janv. 1918, S. 1920.1.75.

est un cas cependant où le mineur serait tenu. C'est le cas où il aurait commis un acte qui, « abstraction faite de l'inexécution du contrat, constituerait une cause de responsabilité quasi-délictuelle » (1). Cette distinction, notons-le, est faite aussi par le juge anglais, lorsque le *tort* est absolument indépendant de tout contrat, qu'il ne découle pas d'une inexécution ou d'une exécution incorrecte du contrat (2). Stephen cite le cas d'un mineur qui a loué une jument « pour la monter » ; il la prête à un ami qui la fait sauter et l'empale ; il a été jugé que le fait que le mineur l'avait obtenue par contrat, n'empêche pas le maître-piqueur de le poursuivre en *tort*. Le *tort* était, selon le juge (3), tout à fait indépendant du contrat et constituait un *trespass* pur et simple, ne rentrant en aucune façon dans le cadre du louage.

Cette jurisprudence est assez peu sûre et Stephen note, non sans raison, qu'il y a là une distinction « difficile à suivre ». Nous retombons un peu dans la théorie échafaudée par la Cour de cassation sur les circonstances indépendantes de la rupture elle-même. Nous avons critiqué en son temps cette distinction, non peut-être dans son principe, mais dans l'application qu'en a fait le juge, et nous avons vu en effet qu'il lui était bien difficile de la suivre dans la pratique. Dans l'arrêt cité par Stephen, il semble que vis-à-vis du propriétaire, le mineur locataire est tenu, tout simplement du fait qu'il a mal exécuté le contrat en prêtant à un ami la jument et en lui permettant de la faire sauter et, suivant la propre expression du juge, de « faire des blagues » avec cet animal. Nous ne pensons pas qu'il eût fallu quitter ici les règles du contrat ; nous pensons que le propriétaire aurait pu agir *ex delicto* contre le camarade, dont le fait (empalement de la jument à la suite d'un saut) a été la cause directe du dommage, et avec lequel le propriétaire n'était lié par aucun engagement.

1. Planiol et Ripert, *ibid.*

2. Stephen, *op. cit.*, vol. II, trad. Mitchell, *ibid.*

3. Burnard c. Haggis, précité.

A notre avis, le critérium doit consister à rechercher, selon la formule de MM. Planiol et Ripert, si, abstraction faite de l'inexécution du contrat, le mineur a commis un délit. Dans notre matière, le délit ne doit être admis que si le juge a la conviction que, même en cas de non rupture du contrat, le fait du mineur aurait causé un dommage. Il faut qu'on puisse plaider le procès civilement sans faire allusion à la rupture. C'est alors une action quasi-délictuelle comme une autre qui sort complètement du cadre de notre étude.

§ 2. LES VICES DU CONSENTEMENT. — Examinons maintenant l'hypothèse de promesses de mariage nettement caractérisées et établies de telle sorte que l'évidence d'un consentement ne saurait être contestée. En cas de rupture, quelles seront les exceptions et fins de non recevoir que pourrait opposer le défendeur ?

Il pourra soutenir que son consentement n'est pas suffisant, qu'il est infecté d'un des vices prévus par le Code civil : l'erreur, la violence et le dol, et faire annuler la convention.

A) *L'erreur*. -- Le défendeur pourra s'armer de l'art. 1110 du Code civil et plaider l'erreur sur la personne : « l'erreur n'est point une cause de nullité lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on a l'intention de contracter, à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de la convention ». Ce texte ne fait qu'appliquer le principe général qui exige que l'erreur ait été déterminante. Il faut, et il suffit que l'erreur ait déterminé la volonté pour qu'elle vicie le consentement, qu'elle ait porté, soit sur l'identité même, soit sur une qualité de la personne (1).

Or, tous les actes ayant trait à l'état des personnes et aux rapports de famille, comportent normalement la considération de la personne. Dans le cas de promesse de

1. Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. 6, n° 182, p. 240, éd. 1930. Colin et Cap., *Cours élémentaire de droit civil français*, t. II, titre I, 1^{re} partie, chap. II, p. 280, éd. 1931.

mariage ou de fiançailles, on doit présumer qu'elle tient le premier rang dans les préoccupations de ceux qui envisagent d'unir leur vie, de réaliser ce don généreux et confiant de soi-même qui est la base de toute union vraiment solide. Peu de contrats comprennent au même degré l'*intuitus personae*. La considération de la personne, de son identité, comme de ses qualités, est bien déterminante.

Nous sommes donc en une matière où doit intervenir avec énergie cette notion d'erreur sur la personne. Si la jurisprudence s'est montrée, depuis l'arrêt célèbre du forçat libéré, rendu par les Chambres réunies le 24 avril 1862 (1), rigoureuse dans l'interprétation de l'art. 180 quant à l'annulation du mariage pour erreur sur la personne, si elle exige dans ce cas que l'erreur porte sur l'identité civile, ses décisions lui ont été dictées par un souci respectable d'assurer plus de stabilité à ce contrat, qui est par ailleurs une institution sociale. Les solutions du juge français ont d'ailleurs, même en matière de mariage, été justement critiquées par certains auteurs. M. André Rouast oppose cette détermination rigoureuse et assez arbitraire du champ de l'erreur, aux facilités accordées en matière de divorce, et d'autre part, aux législations étrangères plus récentes (2). Le savant professeur laisse même entendre que telle n'était pas l'opinion des auteurs du Code (3). Si le problème de l'erreur peut être discuté en matière de mariage, il en va tout autrement pour les promesses de mariage ou fiançailles et le juge devrait se montrer au contraire très large pour l'admission de l'erreur sur les qualités de la personne, invoquée comme fin de non recevoir à l'action. Ce sera le moyen le plus efficace d'assurer le respect de la liberté des contractants.

Essayons d'examiner comment dans la pratique le juge pourra faire jouer ce moyen technique.

1. D. 1863-1-153.

2. Planiol et Ripert, *op. cit.*, vol. II, *La famille*. M. André Rouast, n° 104, p. 93, éd. 1926.

3. *Ib.*, n° 101, p. 88, § 3.

M. André Rouast, dans la solution qu'il propose, pour élargir la notion de la jurisprudence en matière d'erreur, énumère un certain nombre de cas où l'erreur sur les qualités déterminantes de la personne devaient être selon lui, retenue par le juge comme vice du consentement. Il est bien évident qu'*a fortiori*, tous ces cas d'erreur devront être admis en matière de promesses de mariage. Citons les :

« 1° L'erreur qui porte sur l'ensemble de l'état civil ou tout au moins sur le nom de telle sorte qu'il révèle un état civil tout à fait distinct ;

2° L'erreur qui porte sur la nationalité ; a) si l'on est en temps de guerre, et si cette nationalité se trouve être celle d'un pays ennemi ; b) quand l'étranger est de civilisation tout à fait différente ;

3° L'ignorance d'une condamnation infamante ou d'un passé déshonorant, si du moins l'époux qui l'invoque appartient à une famille honnête ;

4° Le fait qu'un des époux est lié par des vœux religieux ou par un engagement dans les ordres sacrés alors que l'autre époux est un catholique qui ignore ce lien ;

5° Le fait qu'un des époux est divorcé, alors qu'il s'est donné comme célibataire et que son conjoint n'eut pas consenti en raison de ses croyances religieuses à épouser un divorcé ;

6° L'impuissance complète d'un des époux antérieure au mariage, lorsqu'elle peut être constatée facilement » (1).

M. Rouast écarte au contraire la nullité dans les cas d'erreurs suivants :

« 1° Erreur sur le titre nobiliaire, les prénoms, l'orthographe du nom et même le nom. S'il n'y a pas confusion grave d'identité, erreur sur l'âge du conjoint ;

2° Erreur sur la nationalité hors des deux cas sus-indiqués ;

3° Erreur sur la virginité de la femme ou sur l'état de grossesse ;

1. Planiol et Ripert, *op. cit.*, Vol. II, *La Famille*, avec la collaboration d'André Rouast, n° 104, p. 93, éd. 1926.

- 4^o Erreur sur la santé, l'intelligence, le caractère ;
5^o Erreur sur la fortune (1) ».

Pourquoi ces restrictions au champ de l'erreur ? M. Rouast les a dégagées à la lumière de deux principes qu'il pose pour écarter tant l'arbitraire du juge que le danger des fraudes destinées à permettre une sorte d'annulation par consentement mutuel.

Le premier principe est l'idée déjà soulignée du mariage institution. En adhérant contractuellement à cette institution sociale légalement reconnue, les parties ne peuvent faire état des motifs déterminants qui seraient contraires à l'esprit ou au but de cette institution. C'est pour cette raison qu'il écarte le moyen tiré de l'erreur sur la fortune.

Le second principe c'est que « le caractère de l'institution du mariage s'oppose à ce que le juge se livre à des recherches d'intention aventurée. *Les seuls motifs déterminants que l'on pourra invoquer sont ceux dont il est possible au juge de présumer le caractère déterminant parce qu'ils ont presque toujours ce caractère en notre état de civilisation* (2). Ce sont les motifs que M. Huc appelle les attributs de la personnalité » (3).

Ces deux restrictions ne sauraient s'appliquer aux promesses de mariage, car si le juge doit éviter de compromettre, en ouvrant trop largement la porte aux nullités, la stabilité du foyer, et de favoriser les fraudes, — souci dont il ne s'est guère embarrassé en matière de divorce — cela tient au caractère de l'institution. Au contraire, en matière de promesses de mariage, il devra pousser beaucoup plus loin la notion de l'erreur. Il arrivera ainsi à des solutions analogues à celles du juge anglais, qui se place il est vrai, nous l'avons vu (4), non sur le terrain de l'erreur sur la personne, erreur conçue d'une façon aussi étroite qu'en

1. Planiol et Ripert, *op. cit.*, vol. II, *La Famille*, André Rouast, n^o 104, p. 93, éd. 1926.

2. Souligné dans le texte.

3. Rouast, dans *op. cit.*, précité, *ibid.*

4. Cf. *supra*, 2^e partie.

droit romain, mais sur le terrain de la *misrepresentation*.

Il y a *misrepresentation*, lorsqu'une des parties n'a pas connu la situation telle qu'elle était en réalité : l'erreur conçue très largement sur les qualités de la personne pourra aboutir à faire annuler des promesses de mariage dans le cas d'erreur sur la santé. On doit présumer que tout candidat au mariage attache la plus grande importance à la santé physique de son conjoint. Il en va de même de l'état de virginité de la jeune fille et de sa conduite. Il est difficile d'énumérer ici les cas. Rappelons que, grâce à la théorie de la *misrepresentation*, le juge anglais a pu annuler des promesses de mariage pour erreur sur la réputation, la conduite (1), la santé (2) et même le caractère.

En ce qui concerne la fortune, ce n'est pas là une qualité touchant à la personne et il ne nous semble pas que l'on puisse faire rentrer l'erreur sur la fortune dans le cadre de l'art. 1110.

Mais n'oublions pas que le Code civil prévoit aussi l'erreur sur la chose objet du contrat. Or, l'objet du contrat, c'est le mariage ou plutôt l'union future, un certain établissement dans la vie. Si la personne du contractant doit être prise en considération, il ne s'ensuit pas que l'on doive négliger la fortune, la famille, son honorabilité, car tout cela fait partie de l'union future, objet de la convention. Or, toute erreur sur la substance de l'objet vicie le consentement et il faut entendre par là une qualité telle que si l'intéressé avait connu son erreur il n'eût certainement pas fait le contrat (3). Supposons qu'un jeune homme, peu riche, ayant une profession plus honorable que lucrative, envisage le mariage avec une jeune fille et que, toute question de sentiment mise à part, il se soit décidé à se fiancer sur la croyance fautive qu'il avait eue que la jeune fille ou sa famille possédait une fortune suffisante pour permettre au jeune ménage de vivre avec décence, alors qu'en réalité, après les

1. *Young v. Marphy*.

2. *Scot's* 379, 788, 1836.

3. *Colin et Capitant, op. cit.*, t. II, p. 28.

fiançailles, il s'aperçoit que cette fortune n'existe pas. S'il apparaît au juge que cette considération parmi d'autres l'a déterminé à contracter, devra-t-il accueillir cette exception, en disant que le jeune homme avait en vue un mariage riche — objet du contrat — et qu'il a été trompé ? On peut objecter qu'il ne faut pas encourager les coureurs de dot et qu'une telle exception aurait un caractère indécent et presque immoral. Le juge devra la rejeter à notre avis, car l'élément fortune constitue à vrai dire la valeur pécuniaire de l'union, objet du contrat ; or l'erreur sur la valeur n'est pas une cause de nullité. Elle constitue en effet la lésion qui selon l'art. 1118 ne vicie les conventions que dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes. Seuls donc les mineurs pourront l'invoquer, et cette solution est socialement satisfaisante car les mineurs doivent être, surtout en notre matière, très énergiquement protégés en raison de leur inexpérience. Mais pour tous autres contractants, l'erreur sur la fortune ne saurait être invoquée. Mais il ne faut pas non plus favoriser certaines manœuvres qui consistent, pour les familles anxieuses de placer leur fille, à grossir démesurément leur situation de fortune pour décider un homme à se lier par des fiançailles. Car si l'on a raison de dire que l'argent ne fait pas le bonheur, il faut du moins pouvoir vivre selon son rang, selon son éducation et son goût, et cela varie beaucoup suivant les personnes, si bien que la situation de fortune est un élément de cette union de vie, de cette association si spéciale qu'est le mariage. Là encore les principes généraux du droit des obligations permettront au juge d'apporter à ce problème la solution exigée par l'équité. Car si l'erreur a été provoquée par des manœuvres, la promesse de mariage pourra être annulée comme entachée du vice de dol, ainsi que nous le verrons plus loin.

Il en va de même de la situation de famille. Dire que l'on n'épouse pas la famille n'est pas toujours tout à fait exact. Il se peut en tout cas que l'on ait laissé ignorer au fiancé tel événement fâcheux, comme la condamnation d'un

membre proche de la famille ou d'un déshonneur quelconque qui soit susceptible de nuire gravement au futur époux en raison de la situation sociale qu'il occupe, de sorte que s'il eût connu la chose, il n'aurait certainement pas contracté.

Car tous ces éléments, la famille, le milieu, la moralité, sans être attachés à la personne, font partie du *status* de l'époux, et doivent être pris légitimement en considération. Ce *status* de l'époux, cet établissement, est bien l'objet de la convention, et toute erreur sur la substance de cet objet doit être retenue comme un vice de consentement.

Mais, objectera-t-on, faut-il encore, pour que l'erreur puisse jouer comme une cause de nullité, que cette erreur ait été commune (1) aux contractants ?

Il faut qu'elle ait porté sur un fait dont la volonté commune des parties a fait un élément du contrat. Nous pensons avec M. Esmein (2) que la question doit être posée autrement.

« D'une part, écrit le savant professeur, celui qui a su que l'autre partie était dans l'erreur sur un point, à ses yeux essentiel, mérite de voir prononcer la nullité à son détriment : Il est de mauvaise foi et frise le dol. »

Cette première hypothèse sera fréquente en matière de fiançailles ; il arrive souvent qu'une des parties, soit par son silence, soit même par des mensonges, cherche à laisser croire à l'autre que sa santé est excellente, ou que sa famille est parfaitement honorable, ou encore que sa moralité est sans reproche. Sans qu'il y ait des manœuvres frauduleuses caractéristiques du dol, le juge pourra discerner un manque de loyauté volontaire destiné à maintenir ou à induire en erreur le contractant.

Plus généralement on doit, suivant le même auteur :

« présumer que les parties ont d'un commun accord subordonné la validité de la convention à l'existence d'un

1. Jossierand, *Les mobiles dans les actes juridiques*, n° 65.

2. Planiol et Ripert, vol. 6 *Des Oblig.*, par M. Paul Esmein.

fait, d'une qualité que toute personne passant le même contrat considérerait comme essentiel (1) ».

Il convient de rappeler qu'en cette matière la preuve que l'erreur a bien porté sur une qualité substantielle est à la charge du demandeur en nullité et que cette preuve peut être faite par tous moyens.

Notons que l'erreur ainsi conçue se rapproche beaucoup de la *misrepresentation*.

B) *La violence*. — Il n'y a que peu de chose à dire sur le cas de violence, dont l'application ne paraît pas devoir être fréquente puisque l'art. 1114 stipule que la « seule crainte révérentielle envers le père, la mère ou autre ascendant — sans qu'il y ait eu de violence exercée, ne suffit point pour annuler le contrat ». Cette crainte révérentielle ne doit toutefois s'entendre que de la crainte de déplaire aux parents inspirée uniquement par le respect et la soumission. Mais un enfant pourrait parfaitement demander l'annulation d'un contrat auquel il n'aurait consenti que sous certaines menaces. Et il a été jugé qu'on peut alors tenir compte d'une violence moindre que celle qui est exigée en général. Dalloz au *Répertoire pratique* (2) cite le cas d'une mère enfermant dans une chambre sa fille enceinte et sur le point d'épouser l'auteur de la grossesse et la menaçant de l'abandonner aux douleurs de l'enfantelement si elle ne signait pas, en faveur de sa sœur, un acte portant cession de ses droits.

De même, il a été jugé que la crainte révérentielle peut rendre nulle une obligation lorsque le descendant qui a souscrit celle-ci était sous la dépendance absolue de son ascendant et sans ressources, et qu'il se trouvait par suite en réalité contraint de s'obliger (3).

Plus généralement, il faudrait admettre que si un père ou une mère, pour contraindre leur enfant à des fiançailles,

1. Planiol et Ripert, vol. 6 *Des Oblig.*, par M. Paul Eismein, t. I, n° 177.

2. D., R. P. V° *Contrats et conventions en général*, n° 115.

3. Trib. Civ. d'Albi, 18 juillet 1895, G. P. 95.2.536.

lui ont fait des menaces de nature à compromettre gravement son avenir, ce fait pourra être valablement opposé par l'enfant comme une fin de non recevoir à une action en rupture de promesse de mariage ; cette violence suffirait à vicier la volonté du contractant. Dans ce cas d'ailleurs il faut admettre que le demandeur pourrait sans doute agir contre les parents sur le terrain de l'article 1382, ceux-ci par leur faute, lui ayant causé un grave préjudice en lui faisant croire à une acceptation qu'ils savaient en réalité inexistante.

Sera nulle toute promesse de mariage souscrite sous l'empire de la crainte d'un grand mal dont serait menacé un ascendant ou un descendant. Par exemple, un créancier menace une jeune fille de faire mettre son père en faillite si elle ne lui promet pas de l'épouser. On sait que la jurisprudence admet que la liste dressée par l'article 1113 n'est pas limitative et qu'elle n'exclut pas le cas où un mal menace toute autre personne dont le contractant est susceptible de ressentir vivement les souffrances (1).

Supposons qu'à la plage, une jeune fille voit son frère sur le point de se noyer ; un soupirant jusqu'alors évincé consent à lui porter secours, mais exige qu'en retour la jeune fille lui promette de l'épouser. Pourra-t-elle par la suite opposer à une action intentée par ce fiancé l'exception de nullité de la promesse fondée sur l'idée que son consentement n'a été arraché que par la violence ?

Bien que la contrainte résulte ici des événements, il faut résolument se prononcer pour l'affirmative.

Cette solution s'inspirera des décisions rendues dans le cas d'assistance du sauvetage en mer. La jurisprudence de la Cour Suprême n'a pas hésité à proclamer « que lorsque le consentement » n'est pas libre, qu'il n'est donné que sous l'empire de la crainte inspirée par un mal considérable et présent, le contrat intervenu est entaché d'un vice qui le rend annulable (2).

1. Planiol et Ripert, vol. 6, Paul Esmein, n° 193.

2. Req., 27 avril 1887, D. 88.1.263, S. 87.1.372.

C) *Le dol*. — On connaît la phrase célèbre du vieux Loysel : « En mariage il trompe qui peut » (1).

Il exprimait une tradition séculaire écartant le dol comme constituant en matière de mariage un vice du consentement susceptible d'ouvrir la voie à une action en nullité. Cette tradition, les rédacteurs du code l'ont consacrée. L'art. 180 ne vise que l'erreur ou la violence. C'est là l'opinion unanime des auteurs.

Il faut chercher la raison de cette solution qui semble encourager tous les mensonges, toutes les réticences coupables et toutes les manœuvres d'intrigants, dans le souci que nous avons déjà souligné de la part du législateur d'assurer la sécurité des unions en restreignant les causes de nullité.

En effet, le dol que Pothier définit « toute espèce d'artifice dont quelqu'un se sert pour tromper autrui » a pour résultat d'engendrer une erreur. Mais alors que l'erreur à elle seule, nous l'avons vu, n'ouvre une action en nullité que si elle présente certains caractères, toute erreur née d'un dol doit être prise en considération dès lors qu'elle détermine l'autre partie à contracter. S'il est vrai, comme l'affirment hélas non sans raison MM. Colin et Capitant, que « trop de personnes regrettent de s'être mariées », il faut bien convenir avec eux que « le législateur a été bon psychologue en fermant cette porte par laquelle trop d'époux désillusionnés et se croyant victimes de tromperies cherchaient à s'évader de la vie conjugale ».

Mais en matière de fiançailles ou de promesses de mariage, nous reprenons ici les mêmes arguments que nous avons fait valoir plus haut en matière d'erreur sur la personne. Le défendeur dans une action en rupture de promesse de mariage pourra invoquer comme fin de non recevoir la nullité de sa promesse en établissant que son consentement a été surpris par un dol.

1. Loysel, *Institutes Coutumières*, liv. II, tit. III, n° 3, cité par Colin et Cap., *op. cit.*, t. II, p. 167.

Prenons un exemple : nous avons examiné la question de l'erreur sur la fortune. La théorie de l'erreur sur la valeur de la chose objet du contrat jointe à des considérations morales et sociales nous ont conduit à ne pas l'admettre comme cause de nullité. Si au contraire cette erreur a été provoquée par un dol, nul doute que l'exception de nullité ne doive être accueillie. Et nous avons noté en étudiant sommairement la question de l'erreur commune, que les cas où le juge pourrait retenir le dol seraient nombreux.

Et en effet si l'art. 1116 semble subordonner le triomphe d'une action en nullité pour dol à l'existence de « manœuvres pratiquées par une des parties », ce mot manœuvre que l'on trouve deux fois dans le texte ne doit pas être pris au pied de la lettre avec la même rigueur qu'en droit pénal, en matière d'escroquerie par exemple.

C'est ainsi que dans certains cas, *l'affirmation mensongère* peut à elle seule constituer un dol (1). « Il est bien évident, écrivent MM. Colin et Capitant, que le fait par un vendeur d'affirmer catégoriquement l'existence d'une qualité déterminée sur laquelle l'acheteur appelle son attention est une manœuvre frauduleuse ».

En conséquence, l'affirmation mensongère de l'existence d'avantages pécuniaires, lorsque cette affirmation aura joué un rôle déterminant et aura engendré une erreur sur la fortune, constituera un dol et permettra au fiancé qui rompt d'opposer au demandeur en indemnité pour rupture, une exception de nullité de la promesse de mariage.

Malheureusement, il est à craindre que les dispositions de l'art. 1116 rendent difficile l'application pratique de ce texte dans le cas où l'auteur des mensonges est un des parents de l'une des parties. Et en effet, ce texte dispose que le dol n'est une cause de nullité que lorsqu'il résulte des manœuvres pratiquées par l'une des parties.

1. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. II, p. 284.

Planiol et Ripert, *op. cit.*, vol. VI, n° 200, et jurisprudence citée.

Or c'est le plus souvent ce qui arrive en matière de fortune. Ce ne sont généralement pas les jeunes gens qui traitent ces questions directement entre eux. Mais il serait facile de considérer que le père ou la mère dans les négociations relatives aux questions pécuniaires n'ont agi que *comme mandataires* de leur fille. Cette solution n'aurait rien d'anormal.

Parmi les conventions, le mandat est celle que les tribunaux sous-entendent le plus volontiers.

Mais cette hypothèse pourra se réaliser dans le cas de promesses échangées entre un homme et une femme déjà âgés et qui auront eu à s'expliquer eux-mêmes sur leur situation pécuniaire.

Non seulement la jurisprudence et les auteurs admettent que le dol peut consister dans un mensonge, mais la simple réticence, « consistant à garder *volontairement* le silence sur un fait que l'autre partie aurait intérêt à connaître, est un cas de dol (1) ».

Aussi, le juge qui trouverait trop large cette conception de l'erreur sur la promesse exposée plus haut, ne devrait pas hésiter selon nous à considérer comme un dol le silence qui a engendré une erreur grave sur la santé ou l'honorabilité de la famille, ou encore sur la virginité, et là la réticence sera non seulement l'œuvre des parents, mais le fait du fiancé ou de la fiancée, et l'art. 1116 pourra jouer sans difficulté.

On n'en saurait dire autant de l'erreur sur l'intelligence ou sur le caractère, car la nature humaine est ainsi faite que nul ne voit ses propres défauts ou tout au moins nul ne les voit en leur juste proportion, si bien que l'on ne peut en vouloir à un être humain de ne pas confier à son futur conjoint un manque d'intelligence ou un caractère exécrationnel dont les tierces personnes — celles qui en souffrent — sont les seules à s'apercevoir.

1. Planiol et Ripert, *op. cit.*, vol. 6, n° 201. Comp. Paris, 4 juin 1927 précité, G. P., 1927.2.457. La Cour y voit une faute des parents.

En résumé, nous retrouvons ici, en général, les fins de non recevoir et les exceptions admises en droit anglais. Il nous semble que nul système n'est plus souple, plus propre à laisser au juge une large faculté d'appréciation des faits qui lui sont soumis, et dont la preuve peut être faite par tous les moyens, bien entendu. Il lui sera facile en jugeant les exceptions opposées à l'action du demandeur de sauvegarder dans toute la limite souhaitable la liberté du mariage.

CHAPITRE II

De la preuve.

Si le juge français voulait restreindre les abus possibles des actions en indemnité pour rupture de promesses de mariage, c'est avant tout la question des preuves qu'il convenait d'étudier avec soin. Les règles des preuves dominent en effet tous les procès. Ce sont elles qui le plus souvent décident de leur sort, et rendent le triomphe du demandeur aisé, difficile, ou impossible.

Nous avons vu qu'en ce qui concerne la charge de la preuve, l'obligation pour le demandeur d'établir une faute revenait en général à établir un préjudice, lequel baptisé « circonstance indépendante » était regardé comme une faute suffisante pour engager la responsabilité du défaillant. Nous avons vu que souvent même, par un retour inconscient au système contractuel, c'est la simple rupture qui est prise en considération, et que le juge condamne la partie défaillante qui n'a pas fourni de motifs légitimes. A cet égard, pratiquement, on ne peut sérieusement soutenir que le fait de s'être placé sur le terrain de la responsabilité civile quasi dilictuelle ait rendu l'action plus difficile et plus aléatoire. Le juge apporte même en notre matière cette tendance à reconnaître la présomption de faute (1) qui de nos jours aboutit à un élargissement peut-être exagéré de la responsabilité civile ; élargissement qui en tous cas ne se justifie guère en matière de promesses de mariage.

En ce qui concerne le mode de preuve, nous avons vu plus haut les solutions des juges anglais.

Les résultats ne sont pas heureux. Le nombre des actions en rupture de promesses de mariage et leur retentissement, la

1. Voir *supra*, 1^{re} partie, p. 40 et 47.

facilité avec laquelle le jury, voire même le juge admettent l'existence de la promesse, prête certainement le flanc à la critique, et bien des abus sont à redouter. La présence d'un jury imposé au juge n'est pas faite pour donner une garantie au défendeur. Nous avons vu sans doute que le juge, grâce à l'exigence légale d'une *material corroboration*, pouvait toujours, sur le terrain du droit, faire échec aux décisions du jury en disant que la preuve fournie à titre de *corroboration* n'était pas légalement recevable. Mais même avec ce palliatif, il faut regretter que le juge anglais n'ait pu appliquer le *Statute of Frauds* et exiger une preuve écrite de la promesse de mariage. Décider avec le juge Pigot que la simple « attitude » des parties suffit à établir leurs relations de fiancés, en arriver à se demander sérieusement si le silence peut constituer cette *material corroboration* et équivaloir à un consentement, question heureusement résolue par la négative, c'est évidemment ouvrir trop largement la porte à une action qui, dans bien des cas, ne fait pas spécialement honneur à celle ou à celui qui l'intente. On ne peut dire si ces excès admirablement décrits par Dickens, écrivain fort à la mode au second Empire, influèrent sur notre jurisprudence et l'amènèrent à rejeter la thèse du contrat.

Ce que l'on peut dire, c'est que le juge français se trouve à ce point de vue dans une position bien plus favorable. Non seulement il n'a pas de jury en matière civile, mais encore il serait tenu, s'il considérait la promesse de mariage comme un contrat, d'exiger aux termes de l'art. 1341 du Code civil une preuve écrite de son existence, ou tout au moins un commencement de preuve par écrit, faute duquel la preuve testimoniale, si dangereuse, ne pourra être admise. C'est, en effet, par l'admission de la preuve testimoniale et des présomptions qu'on ouvre la porte aux abus et aux chantages. Les témoins de complaisance ne manquent pas à notre époque où le serment a certainement une valeur bien discutable. Dans les interrogatoires devant le juge civil, combien de témoins se sentent vraiment liés

par ce qu'ils ont juré en levant la main droite nue, de dire la vérité, toute la vérité et rien que la vérité ? Et ceux-là même qui sont de bonne foi et gens d'honneur, et certes il y en a, ceux-là même risquent d'ajouter inconsciemment aux témoignages de leurs sens, tout ce que leur a suggéré depuis lors leur imagination ou la rumeur publique. Chacun sait quelle curiosité et quelle passion l'opinion publique apporte à ces questions de mariages, avec quelle apparence de certitude se répandent les bruits et les nouvelles les plus dénuées de fondement, avec quelle facilité les moindres faits et gestes sont interprétés par l'imagination de la foule.

La nouvelle des pourparlers de mariage confiée « sous le sreau du secret » par une vieille tante à la chaisière de la paroisse s'est répandue comme une trainée de poudre à la sortie de la messe de onze heures et demi ; elle pénètre à la pâtisserie. La caissière s'y attendait. N'a-t-elle pas reçu ce matin même une commande inusitée de la part des parents de la jeune fille en cause ? Nul doute que le repas de fiançailles n'ait lieu ce jour même. A peine le projet de mariage ainsi rapidement transformé en fiançailles est-il connu, que déjà la petite ville est divisée en deux camps. Chacun parie pour ou contre. Chacun apporte son opinion avec une sollicitude inattendue pour les parties en cause. Si les optimistes se contentent de souligner « qu'ils sont vraiment bien faits l'un pour l'autre », que d'âmes charitables plaignent la « pauvre petite » qui méritait mieux que cela, tandis que cette mère de famille se demande par quelle aberration le choix de ce jeune homme, auquel on avait présenté sa fille au bal de la Croix-Rouge, s'était porté sur une « petite qui n'avait pas de santé » ! Il l'épouse pour sa dot. Il y a longtemps que la femme du pharmacien les avait « devinés ». On ne lui apprend rien... On imagine les réactions de tous ces personnages en cas de rupture des soi-disant fiançailles. Ce sont elles qui vont venir devant le juge commissaire.

A cet égard, la procédure de nos enquêtes civiles n'est pas faite pour nous donner confiance. Si l'on peut repro-

cher à l'enquête à la barre, telle qu'elle fonctionne en Angleterre, avec l'examen et le contre examen des témoins, de devenir parfois une véritable torture pour ces derniers, si la longueur, la véhémence des interrogatoires faits par les avocats parviennent à mettre les malheureux témoins en désagréable posture ou à leur suggérer des réponses favorables à une des parties, par des questions subtiles et captieuses, si ce procédé peut être dangereux à certains égards, il faut reconnaître que le témoin de nos procès civils ordinaires, peut à son aise dans l'intimité et le secret de la chambre des enquêtes dire ce qui lui plaît sans être interrompu. Le juge commissaire ne peut qu'enregistrer sa déposition sans pouvoir ensuite le confronter avec des témoins qui la contredisent. Le tribunal ne pourra même pas peser les témoignages en se fondant sur l'attitude d'un témoin qu'il n'aura pas vu. Il ne le connaît que d'après un procès verbal d'enquête sur lequel il fondera sa décision.

Il importait donc, si l'on voulait éviter de multiplier les demandes d'indemnité pour rupture de promesses de mariage, et par là sauvegarder la liberté du mariage, d'éviter à tout prix l'admission de la preuve testimoniale.

C'est pourtant au résultat contraire que devrait logiquement aboutir le juge français en abandonnant le terrain du contrat et en accueillant l'action fondée sur la responsabilité quasi-délictuelle. Deux textes à cet égard sont formels. Des art. 1341 et 1348 il résulte qu'en matière de délit ou de quasi délit, la preuve du fait générateur du dommage peut être faite par tous moyens, c'est-à-dire par la preuve testimoniale ou les présomptions.

Aussi le juge français, qui n'a quitté le terrain du contrat que pour mieux faire respecter la liberté du mariage et fermer la porte aux abus, s'empresse-t-il d'y revenir par le raisonnement suivant : si le demandeur fonde ces prétentions sur un acte dommageable, fait pur et simple qui peut être établi par tous moyens, il doit établir aussi l'existence d'un engagement pris par le défendeur, engagement qui constitue un fait juridique. Dès lors, en raison de cette

complexité, le demandeur doit apporter une preuve écrite de la promesse de mariage, ou, à tout le moins, un commencement de preuve par écrit (1).

Tout d'abord, puisque la rupture de la promesse est considérée comme un simple fait dommageable, on ne verrait pas pourquoi on soumettrait la preuve de l'existence de la promesse à la production d'un écrit qui, aux termes de l'art. 1341, ne vise que les *opérations juridiques*. On répond en s'armant de la théorie des faits mixtes ou complexes. La Cour de cassation estime qu'il faut admettre sans aucun doute la preuve testimoniale en ce qui concerne l'élément purement matériel de l'acte, mais exiger au contraire la preuve par écrit pour ce qui est de l'élément juridique. On a cité en ce sens le cas d'actes de possessions qui, étant en soi des faits purs et simples, peuvent être établis par tous moyens, alors que si l'on prétendait avoir possédé par l'intermédiaire d'un fermier, il faudrait fournir une preuve littérale du contrat de bail, fait juridique. Mais cette considération ne vaut en aucune façon pour un contrat qui est inexistant, pour une promesse qui ne produit, suivant cette même jurisprudence, aucun effet obligatoire. Il ne s'agirait donc pas en notre matière d'un *fait juridique* qui par sa *nature* produit nécessairement des effets de droit, mais bien d'un fait pur et simple pour lequel les parties ne pouvaient chercher à se procurer une preuve écrite. A la vérité, il n'y a même pas de rupture, donc pas de fait du tout. Et ce retour au système contractuel, s'il est socialement utile, s'il évite les abus possibles, ne se justifie en aucune façon et constitue selon les termes sévères de M. Jossérand une « accumulation de contradictions », « une jurisprudence informe et contradictoire » (2). M. François Geny avait lui aussi dénoncé ce qu'il y a « d'étrange » dans cette

1. Cass., 2 déc. 1907, D. 1908.1 201. Cass. civ., 3 déc. 1924, D. 1925 1. 124, 4^e espèce, G. P. 1929.2.946. Voir cependant un arrêt de la Cour de Poitiers du 29 octobre 1928 (D. II. 1928, p. 568) qui décide que la promesse de mariage en l'absence d'engagement juridique véritable constitue « un fait de dol pur et simple » et comme tel peut être établie par tous moyens.

2. Jossérand, *op. cit.*

exigence de la jurisprudence, exigence que le législateur a paru faire sienne dans la loi du 16 novembre 1912 modifiant l'art. 340 du Code civil.

Ce qui paraît certain, c'est qu'ici, le système de la jurisprudence française qui sur le terrain de l'art. 1382 exige une preuve écrite, s'il est socialement satisfaisant, est juridiquement insoutenable. Au contraire, le système du juge anglais, bien que dangereux dans la pratique, apparaît comme parfaitement logique.

En adoptant notre thèse, les exigences de notre jurisprudence en matière de preuve seraient parfaitement logiques en demeurant socialement satisfaisantes. M. le doyen François Geny a bien raison d'écrire « qu'en une matière où les entraînements sont fréquents et faciles, imposer, ne fût-ce qu'*ad probationem*, certaines formes aux promesses de mariage, c'est le seul moyen de s'assurer d'un engagement de volonté sérieux » (1). Il y aurait ainsi, dans cette exigence d'un écrit, une sorte de solennisation déguisée d'un contrat qui diffère des autres par l'importance sociale de son objet : le mariage.

Rien d'ailleurs dans cette exigence qui approche la rigidité trop brutale, et souvent blessante pour l'équité, des règles qui président à la validité des contrats solennels.

A l'exigence d'une preuve écrite, le juge trouve un premier tempérament dans l'application de l'art. 1347 du Code civil qui ouvre la porte à la preuve testimoniale toutes les fois que le demandeur produit un commencement de preuve par écrit.

Ce commencement de preuve sera le plus souvent constitué par des lettres missives que le défendeur aura adressées au demandeur et dont les termes rendront vraisemblable le fait allégué ; c'est-à-dire l'existence d'une promesse de mariage.

C'est ainsi que la Cour de Poitiers a admis qu'une cor-

1. François Geny, *La protection juridique de la femme contre la séduction et ses conséquences*. Cour professé à la semaine sociale de Nancy, 1927. *La femme dans la société*, p. 341 et suiv., tirage à part 1.17.18.

respondance dans laquelle le défendeur dans une action en séduction par promesse de mariage employait couramment les expressions : « Ma petite femme chérie », ou « ton petit homme » pouvait constituer un commencement de preuve par écrit car de telles expressions, dit l'arrêt, « tendent à établir qu'ils se considéraient alors comme mari et femme » (1). Et la jurisprudence est assez large en la matière.

Elle n'exige pas que l'écrit émane de la main même de la partie adverse ; il suffit que cet écrit ait été rédigé par un mandataire sur son ordre. « Il suffit au demandeur, dit la Cour de Riom (2), que l'acte écrit... puisse être considéré comme son fait, soit qu'il ait donné l'ordre de l'écrire, soit qu'il en ait dicté les termes ». Il s'agissait dans l'espèce d'un individu complètement illettré et qui prétendait en faire état pour soutenir que des lettres écrites à sa fiancée par des camarades ne constituaient pas un commencement de preuve par écrit. Le pourvoi formé contre cet arrêt a été rejeté par la Cour de cassation (3).

Il semble bien que cette jurisprudence permette au demandeur de faire valoir à titre de commencement de preuve par écrit les lettres de faire-part, soit des fiançailles, soit du mariage futur, envoyées par le défendeur évidemment sur son ordre, alors même que ces écrits ne sont pas de sa main ni signés de lui. Sans doute il avait été jugé qu'on ne saurait attribuer le caractère de commencement de preuve à une lettre circulaire imprimée, non signée par celui auquel on l'oppose (4). Mais la jurisprudence que nous venons de citer, relativement récente, semble en notre matière élargir le champ de l'art. 1347. En tous cas, si le demandeur peut se procurer le « bon à tirer » généralement demandé par l'imprimeur et signé par le défendeur il ne semble pas douteux que le juge pourrait n'avoir aucun

1. Poitiers, 28 mars 1927, G. P. 1927.2.226.

2. Riom, 15 novembre 1920, D. 1921.2.39.

3. Req., 29 avril 1922, D. 1923.1.22.

4. Paris, 11 août 1869. *Le Droit*, 22 septembre 1869, rapporté au D. R. P. V^o preuve, n^o 1132.

scrupule à considérer les faire-parts comme un commencement de preuve par écrit et à autoriser la preuve testimoniale.

Un second tempérament à la règle de l'art. 1341 consisterait à invoquer l'art. 1348 lequel, on le sait, dispose que cette règle reçoit exception « toutes les fois qu'il n'a pas été possible au créancier de se procurer une preuve littérale de l'obligation qui a été contractée envers lui ».

A l'impossibilité matérielle, qui ne se discute pas, la jurisprudence, on le sait, assimile l'impossibilité morale.

Existe-t-elle dans le cas des fiançailles ?

Il est vrai comme l'a écrit très justement M. Henri Capitant qu'il « n'est pas dans les mœurs de constater par écrit les promesses de mariage » (1).

Sans doute, il est bien évident que l'on ne peut normalement exiger de son fiancé une promesse écrite, mais cela ne veut pas dire qu'on se trouve dans l'impossibilité en général de se procurer cette preuve. S'il n'est pas dans les mœurs de constater par écrit les promesses de mariage dans un but juridique, il est tout à fait dans les mœurs que des fiancés correspondent librement et souvent, et le seul fait de ne pas pouvoir produire de lettres ou de ne produire que des lettres insignifiantes révélerait une prudence trahissant en règle générale l'absence des sentiments qui animent normalement des fiancés.

Les Cours d'appel ne se sont généralement pas montrées favorables à l'application de l'art. 1348 (2).

Les Cours d'appel ont raison de se montrer prudentes.

A notre avis, les promesses de mariage, par leur nature même, n'impliquent pas l'impossibilité d'apporter une preuve écrite. Le demandeur qui prétend invoquer cet

1. Capitant, *Chronique*, D. H., 5 janvier 1933. *Le permis de séduire*, p. 2.

2. Voir notamment Grenoble, 18 mars 1864, réformant un jugement de Valence, D.1865.2.22, 2^e espèce. — Aix, 23 février 1865, D. R. Supplément, T. X., 1892. V^o Mariage, n^o 50, p. 382, infirmant un jugement du tribunal de Draguignan du 31 mars 1863, et Amiens, 23 février 1904, arrêts cités par M. Louis Rigaud dans son ouvrage *la Fiancée*, 1927, p. 13, note 1.

article devra tout d'abord faire la preuve qu'il a vraiment été dans l'impossibilité de se procurer une preuve écrite. C'est ce qu'a jugé la Cour de cassation (1) et nous ne pouvons que louer la Cour Suprême de n'avoir pas posé le principe dangereux que cette obligation par sa nature même échappait aux dispositions de l'art. 1341 ; c'est donc au juge dans chaque cas d'espèce, et avec la prudence qui convient, d'examiner si l'impossibilité existe vraiment ou non.

Nous savons que cette exigence est très critiquée en matière de séduction par promesse de mariage. On reproche à la Cour de cassation d'exiger la preuve par écrit de la promesse tout comme le législateur en matière d'action en recherche de paternité et on peut trouver qu'en l'occurrence la jurisprudence comme la loi offrent au séducteur un moyen trop facile d'échapper à ses responsabilités.

Il est certain que ce reproche est fondé, comme nous l'avons vu, puisque cette même jurisprudence dénie tout effet obligatoire aux promesses de mariage.

Mais avec notre thèse du contrat, cette solution apparaît comme parfaitement justifiée. Peut-être en matière de séduction y aurait-il à apporter un remède à cet état de chose en légiférant. Mais même en cette matière il ne convient pas d'aller trop loin et nous ne suivons pas M. Pezet, député, qui, dans sa proposition de loi déposée sur le bureau de la Chambre tend, non seulement à *faire* admettre la preuve par témoins, mais encore à faire peser -- et c'est vraiment une tendance générale et fâcheuse -- sur le séducteur une présomption de promesse de mariage et, une fois de plus à renverser le fardeau de la preuve. Il va sans dire que nous nous plaçons ici en dehors de ces hypothèses.

Concluons que l'adoption de notre thèse par notre jurisprudence la mettrait en mesure beaucoup mieux que le

1. Cassation, 10 février 1909, D.1909.1.157.

juge anglais, d'éviter en principe la preuve testimoniale ou par présomption dans une matière qui prête à des abus, sans craindre de se faire taxer d'incohérence et sans avoir recours pour justifier un système insoutenable, à des acrobaties juridiques.

Tout en rejetant en principe la preuve par témoins, le juge, grâce à la souplesse des règles de notre code des obligations, et par l'usage prudent des articles 1347 et 1348, pourra néanmoins l'admettre dans des cas où elle lui apparaîtra comme raisonnable.

CHAPITRE III

Exercice de l'action.

Transmission à cause de mort.

L'action en rupture de promesse de mariage peut-elle être intentée après la mort du fiancé délaissé par les héritiers ? Ou du moins ceux-ci peuvent-ils continuer une action déjà introduite ? D'autre part un fiancé délaissé peut-il réclamer aux héritiers de l'auteur de la rupture des dommages-intérêts ?

Nous n'avons pas d'exemple que nos tribunaux aient jamais eu à connaître d'une action de ce genre. En revanche nous avons cité une décision anglaise où les juges ont eu à se poser le problème. Il est aussi intéressant que délicat.

I. — EXERCICE DE L'ACTION PAR LES HÉRITIERS.

On peut dire qu'en principe les juges anglais ont considéré que notre action procédait d'un droit exclusivement attaché à la personne, comme peuvent l'être chez nous le droit alimentaire et certains autres droits de famille. On lui applique alors sans restriction ni réserve le brocard *Actio personalis moritur cum persona*.

Comment d'ailleurs, avec le système successoral que nous avons sommairement esquissé, les *administrators* ou les *executors*, qui ne continuent pas la personne du défunt, mais représentent uniquement son patrimoine, pourraient-ils avoir qualité pour agir ? Si donc l'action n'a d'autre objet

que de réclamer des *general damages* (dommages-intérêts) dus pour réparer les conséquences normales et habituelles de la rupture, c'est-à-dire un dommage moral et une atteinte à la réputation, dommage strictement attaché à la personne, une telle action ne saurait être sans aucun doute transmise aux héritiers ni même suivie par eux. Si au contraire le demandeur établit un dommage déterminé et susceptible d'être chiffré — un *special damage* — la question se pose puisqu'il s'agit d'un dommage causé au patrimoine. Elle n'a pas été tranchée d'une façon nette, puisque dans cette fameuse affaire *Quirck C. Thomas*, analysée plus haut, la décision de la Cour d'appel s'est fondée sur l'absence de preuve suffisante. Il semble que logiquement elle devrait être résolue par l'affirmative ; les considérations assez embarrassées des juges peuvent être interprétées dans des sens divers.

En France, normalement dans l'état actuel du droit, l'action civile en dommages-intérêts fondée sur les art. 1382 et suivants du Code, pour dommages causés à la personne n'est pas transmissible aux héritiers (1). On objectera que la jurisprudence accorde des dommages-intérêts aux personnes auxquelles le décès de la victime d'un accident cause un préjudice pécuniaire ou moral. Tout d'abord, cette jurisprudence, très critiquée (2), n'a pas été suivie par toutes les Cours d'appel, notamment en ce qui concerne la réparation d'un préjudice purement moral. Mais surtout il convient d'observer qu'il ne s'agit pas là de l'action en indemnité de la victime elle-même transmise par voie de succession à cause de mort. Il s'agit d'une action indépendante de celle-ci, qui appartient en propre aux personnes lésées, qu'elles soient ou non héritières de la victime. On sait qu'en matière d'accident ayant causé la mort, on est allé jusqu'à envisager comme recevable l'action d'un ami atteint dans son affection. Mais la jurisprudence, après

1. Planiol et Ripert, t. 6, Esmein, *Les Obligations*, n° 658.

2. Cass. req., 2 février 1931, *Rec. Cv. et notarial*, 1931-313 et la note.

avoir jugé que l'auteur d'un accident ne peut sous prétexte qu'il ne s'agit que d'un dommage moral « se soustraire aux conséquences de sa responsabilité », limite assez arbitrairement l'exercice de l'action à ceux qui peuvent « justifier d'un intérêt d'affection né du lien de parenté ou d'alliance qui unissait la victime au demandeur (1) ». Nous avons déjà observé qu'une personne à laquelle la rupture de promesse de mariage aurait causé un préjudice pourrait en demander réparation sur le terrain de l'article 1382 ; cela peut être le cas des parents qui auront avancé des frais raisonnables, engagé un appartement, en vue d'un mariage et qui se trouveront subir une perte d'argent en suite d'une rupture reconnue et sanctionnée comme telle.

Ce n'est évidemment pas ainsi que la question se pose. En cas de décès, le droit à indemnité fondé sur un dommage purement moral, n'est pas transmissible aux héritiers et par conséquent ceux-ci ne peuvent exercer l'action dont leur auteur était titulaire.

Cette solution serait-elle modifiée du fait que le droit sera — selon notre thèse — de nature contractuelle ? Non pas. Il a été jugé et il est admis en doctrine que les obligations à caractère strictement personnel comme les actions en réclamation d'état, et surtout le droit d'être associé dans les sociétés formées *intuitu personae*, le droit de l'emprunteur dans l'emprunt conclu en considération de la personne (art. 1879, § 2) ne sont pas transmissibles aux héritiers (2). Or, le droit né du contrat de promesse de mariage est assurément un droit de nature strictement personnelle ; l'héritier ne saurait en aucun cas en réclamer l'exécution directe, même si elle était juridiquement possible. Il ne peut donc davantage demander des dommages-intérêts auxquels son auteur aurait pu avoir droit.

Cela est logique et cela est moral et décent : Si tant est comme a pu l'écrire M. Ripert que « le droit dans sa par-

1. Trib. Seine, 10 mars 1920, *Rec. J. Cl.*, 1920, p. 277.

2. Planiol et Ripert, *op. cit.*, Vol. 4. Maury et Vialleton, Successions, n° 192.

tie la plus technique reste dominé par la Loi morale » (1), il faut reconnaître que le défendeur serait dans certains cas obligé d'opposer des fins de non-recevoir fondées sur des agissements ou des tares physiques ou morales du défunt, et une telle action aurait donc par surcroît un caractère injuste et immoral.

Mais lorsqu'on se trouve en présence d'une demande fondée à la fois sur le préjudice moral toujours existant et sur un préjudice matériel résultant d'une perte d'argent en raison de dépenses faites en vue d'un mariage, l'action ne présente-t-elle pas un caractère mixte et ne doit-elle pas être transmise aux héritiers ?

Il semblerait *a priori* qu'on devrait se prononcer pour l'affirmative et des considérations de certains juges anglais, en dépit de la différence entre les règles qui régissent les successions en droit anglais, paraissent étayer cette opinion. Le juge Phillimore semble admettre en cas de dommage au patrimoine que l'exécuteur représentant de ce patrimoine peut réclamer des dommages limités à la réparation du préjudice spécial ainsi établi.

Telle n'a pas été cependant l'opinion du juge Eady, ni du juge Lush, ce dernier considérant que l'action demeurerait essentiellement personnelle et qu'un préjudice matériel ne lui faisait pas perdre ce caractère.

Nous nous rallions à cette opinion que l'on pourrait formuler avec le vieux brocard : *Accessorium sequitur principale*. L'objet essentiel de la convention c'est le mariage. Le préjudice essentiel est d'ordre moral, et le préjudice matériel qui s'en suit, si important fût-il, ne saurait prendre la première place. Et cela d'autant plus que ce préjudice matériel, comme nous avons essayé de le montrer, n'était qu'un aspect de cette société complexe qu'est le mariage, un élément matériel de cette union dans laquelle la Jurisprudence doit affirmer la primauté des éléments

1. Georges Ripert, *La Règle morale dans les obligations civiles*, éd. 1925, p. I, n° I.

spirituels. Il serait singulier que des héritiers puissent demander au lieu et place du défunt des dommages intérêts nés de la perte d'une situation enviable.

De plus, en raison de son caractère tout personnel, il tombe sous le sens que seul le défunt pouvait savoir et se rendre compte si le contrat de promesse de mariage a été rompu à tort ou à raison. Peut être pour des motifs respectables et intimes n'aurait-il jamais exercé son action. Il serait immoral que par cupidité des héritiers fussent en droit de le faire.

C'est alors que se pose la question suivante : si le défunt avait déjà manifesté son intention d'agir et avait déjà commencé sa procédure en lançant une assignation, les héritiers ne pourraient-ils pas suivre l'action ?

Nous avons vu que sur ce point le juge écossais accueille l'action introduite dans ces conditions par les *personal representatives* du *de cujus* (1).

Une telle solution ne se heurte plus aux objections que nous faisons auparavant et serait conforme à l'opinion de certains auteurs qui, rejetant l'action en dommages causés à la personne même dans le cas où la victime l'aurait introduite avant sa mort, se prononcent cependant pour la recevabilité de cette action « dans le cas où, s'agissant d'une atteinte à ses sentiments intimes, à sa réputation ou à son honneur, on doit, par respect pour sa volonté et pour la sauvegarde de sa mémoire, faire prononcer une condamnation que les lenteurs de la justice l'ont empêché d'obtenir elle-même » (2).

Reste à savoir si la jurisprudence classerait dans cette catégorie les actions en rupture de promesses de mariage.

1. *Supra*, Droit écossais, 2^e partie, titre II, p. 6.

2. Planiol et Ripert, *op. cit.*, vol. 6, Esmein, *obligations*, n° 658.

II. — EXERCICE DE L'ACTION CONTRE LES HÉRITIERS DE L'AUTEUR DE LA RUPTURE

En droit anglais aucune action n'est recevable en *torts* contre les *executors* ou *administrators* de l'auteur du *tort*. Le juge Phillimore, après avoir observé que cette règle en principe ne paraît pas devoir s'appliquer aux promesses de mariage dont la rupture constitue non un *tort*, mais une violation de contrat, se demande toutefois si, étant donné le caractère spécial en quelque sorte mixte de cette action, caractère que nous avons déjà souligné à propos des règles relatives à la réparation des dommages, il ne conviendra pas de lui appliquer le régime des *torts* et de refuser toute action aux héritiers.

En France, la règle est toute autre. L'héritier continuateur de la personne du défunt recueille tout le patrimoine avec son passif et son actif et il est tenu de toutes les dettes du *de cujus*, de celles qui sont nées *ex contractu*, comme de celles qui sont nées *ex delicto*.

Mais, de même que certains droits ne sont pas transmissibles aux héritiers par leur caractère strictement personnel ainsi que nous venons de le voir, logiquement il s'en suit que les obligations correspondantes ne passent pas davantage aux héritiers (1), qu'il s'agisse d'obligations nées de contrats ou d'obligations quasi-délictuelles.

1. Planiol et Ripert, *op. cit.*, vol. 4, n° 192.

CHAPITRE IV

La réparation du dommage.

L'action en rupture de promesses de mariage doit aboutir, suivant notre thèse qui la fonde sur l'art. 1142 du Code civil, à une indemnité pécuniaire compensatoire.

Il est bien difficile ici de faire une comparaison avec le droit anglais qui précisément a glissé en cette matière, comme nous l'avons vu, sur le terrain des *torts*, c'est-à-dire sur le terrain délictuel, pour justifier l'attribution de dommages-intérêts non seulement en réparation d'un préjudice moral, mais même dans le but de punir le défendeur de ces agissements. Cette idée de peine privée n'est pas, notons-le en passant, étrangère à notre jurisprudence en matière d'action en indemnité pour rupture de promesses de mariage. Il suffit de se reporter à l'arrêt de la Cour de Bordeaux qui n'a pas hésité dans un cas où la « victime » était largement dans son tort, à accorder 20.000 fr. de dommages-intérêts pour punir le défendeur d'avoir « apporté le trouble dans un ménage paisible... ». Nous l'avions souligné en son temps. N'est-ce pas excessif ? Cette solution ne se comprendrait d'ailleurs que si l'action profitait à ceux qui, sans avoir commis de faute, ont été lésés par l'abandon de l'épouse ou de la mère. Mais ces 20.000 fr. apparaissent un peu trop, sous prétexte de punition de l'homme, comme une prime allouée à l'infidélité. En tous cas, si sur le terrain délictuel on peut admettre, et avec peine, une telle solution, elle apparaît, ainsi que nous l'avons démontré, incompatible avec la théorie du contrat en raison du caractère illicite de celui-ci.

Quoi qu'il en soit, nous excluons quant à nous ces condamnations destinées à punir le défendeur, lesquelles nous ramènent à une conception de la peine profitant à la victime dans une matière où le maniement d'un pareil système apparaît comme infiniment délicat.

Le juge anglais s'est aussi fondé sur le droit des *torts* pour tenir compte, dans la réparation du préjudice, du dommage moral ; normalement, sur le terrain du contrat, on ne devrait tenir compte en droit anglais que de l'atteinte portée au patrimoine du défendeur. Et sur ce terrain le juge, ou plutôt le jury, n'aurait pas eu à résoudre ce problème équivalent à celui de la quadrature du cercle et qui consiste, selon la remarque plaisante d'un juge écossais, à chiffrer un prix convenable pour réparer dûment un cœur brisé.

En abandonnant les règles des contrats pour se placer sur le terrain des *torts*, on peut au contraire tenir compte de toute sorte de préjudice et allouer jusqu'à des *sentimental damages* (1).

La jurisprudence française, sur le terrain de l'art. 1382, use de la même faculté, avec plus de discrétion toutefois, notamment en ce qui concerne les dommages à caractère de punition. Le système anglais nous apparaît comme infiniment plus dangereux et arbitraire en raison de l'intervention d'un jury pour la fixation du chiffre de l'indemnité.

Nous allons voir que le juge français eût trouvé là encore, sur le terrain du contrat, des règles plus favorables à notre avis que celles du droit anglais, et de nature à assurer au défendeur des réparations dans de justes limites, et quant à la nature, et quant à l'étendue.

SECTION 1. — Nature de la réparation.

Le droit anglais n'admet pas en matière contractuelle la réparation d'un préjudice purement moral. En France, alors que cette réparation est accordée sans difficulté en

1. V. *Supra*, 2^e partie, chap. 3, p. 98.

matière de délit (1), la question a été vivement discutée en matière de contrat. Certains auteurs n'admettent pas que l'on puisse prendre en considération un dommage purement moral n'atteignant pas le patrimoine du créancier (2). Certains arrêts sont entrés dans cette voie et ont rejeté la demande du créancier contractuel qui prétendait obtenir la réparation d'un préjudice moral (3). D'autres décisions ne le prennent en considération que s'il est lié à un préjudice d'ordre matériel (4).

Mais, dans l'ensemble, cette solution restrictive n'est pas retenue par la jurisprudence. La plupart des Cours et tribunaux tiennent compte en général de l'intérêt moral du créancier et du préjudice qu'il peut en éprouver (5). Aucun texte ne s'oppose à cette solution. Sans doute, comme le fait observer M. Paul Esmein (6), « il est relativement rare que l'intérêt moral se rencontre en matière de contrat, et surtout qu'il se rencontre exclusivement. La plupart du temps il apparaît lié à un intérêt pécuniaire : la chose qui doit être livrée présente pour le créancier, outre la valeur vénale, une valeur morale (portraits ou papiers de famille, œuvre d'art) : l'inexécution du fait promis peut entraîner des répercussions relatives à l'honorabilité ou au crédit du créancier, et, s'il est commerçant ou employé, l'atteinte à son honneur va se traduire par une atteinte, plus ou moins immédiate, à ses intérêts matériels... la rareté du préjudice moral résultant, à l'état isolé, de l'inexécution d'une obligation contractuelle ne constitue aucune objection à ce qu'il

1. Req., 10 avril 1922. S. 1924.1.153. Note Esmein.

2. Laurent, XVI, n° 281 ; Huc, VII, n° 147 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, I, n° 480 ; Meynial, De la sanction civile des obligations de faire et de ne pas faire. *Rev. prat. Le Droit français*, 1884, n° 440.

3. Crim., 29 mars 1849. D. 49.1.225, 18 mars 1853. D. 53.5.167, Paris, 27 mars 1873. D. 74.2.129. Juge de Paix d'Oran, 4 février 1895. D. 96.2.339.

4. Besançon, 17 décembre 1901. D. 1903.2.155.

5. Req., 11 novembre 1874 ; Poitiers, 11 novembre 1873. D. 75.1.310 ; Cass. Req., 22 mars 1904 sur Aix 10 juin 1903. D. 1904.1.449 ; Paris, 4 juillet 1865. S. 65.2.223 ; 2 décembre 1897. D. 98.2.465.

6. Planiol et Ripert, *op. civ.*, vol. 7, n° 857, p. 162.

donne lieu à réparations dans tous les cas où il existe et où il est démontré ». Cette opinion nous paraît entièrement justifiée. Sans doute reste la difficulté qu'il n'y a pas de commune mesure entre la lésion d'un intérêt moral et la somme d'argent destinée à la réparer ou du moins à en atténuer la rigueur. Sans doute cette solution a quelque chose de choquant et à propos des indemnités allouées à des individus, à titre de *pretium doloris* pour la perte d'un parent proche, on a pu écrire qu'il y avait même quelque chose « d'un peu vil, dans cette idée que l'on puisse se dédommager, par l'encaissement d'une somme, de la perte d'un père, d'un époux ou d'un fils : juridiquement puisque l'indemnité doit, aux termes mêmes de l'art. 1382 *réparer* le préjudice, c'est-à-dire l'effacer, le faire disparaître, remplacer l'objet perdu par un autre objet reçu, la théorie revient à ceci que la somme touchée remplace l'être disparu et que la douleur s'efface devant la satisfaction d'être payé » (1). Mais cette critique vaut aussi bien pour le préjudice né d'un délit que pour le préjudice né d'un contrat. Or, nous constatons qu'à cet égard, la jurisprudence, de part et d'autre du détroit, n'hésite pas en matière délictuelle, avec raison il nous semble, et avec les moyens imparfaits sans doute dont les humains disposent, à tenir compte du préjudice moral.

Nous pouvons donc dire que, suivant l'ensemble des décisions françaises, nos juges plus au large que leurs collègues d'outre-Manche pourront tenir compte du préjudice moral dûment établi, ainsi qu'un sentiment d'équité très compréhensible peut le leur commander, en chiffrant plus raisonnablement que le jury anglais.

Quant au préjudice matériel, le principe ne se discute pas ; c'est son étendue seule qui fait l'objet de questions intéressantes.

1. Note sous Cass. Req. 2 février 1931. *Rec. civil et notarial des Jurisclasseurs*, 20 mai 1931, p. 314.

SECTION 2. — Etendue de la réparation.

Il serait évidemment dangereux d'étendre à toutes les conséquences de la rupture le principe de la réparation compensatoire. Sans doute, en matière contractuelle comme en matière délictuelle, la règle de l'art. 1151 qui limite la condamnation aux dommages directs en excluant le préjudice indirect est un premier tempérament.

Mais sur le terrain du contrat le juge trouvera un autre moyen technique propre à réduire à des limites raisonnables les prétentions du demandeur et, par là encore, à rendre l'action moins dangereuse pour le principe de la liberté du mariage que sur le terrain du délit où cette règle ne fonctionne pas. Nous faisons ici allusion aux dispositions de l'art. 1150 du Code civil aux termes duquel : « Le débiteur n'est tenu que des dommages qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat... »

A cet égard cette règle parfaitement sage est appliquée par le juge anglais, en dépit du glissement sur le terrain des *torts*, et nous avons cité les attendus du juge Lush soulignant qu'on ne peut admettre que les parties aient prévu lors du contrat que la femme céderait son fonds de commerce de bonneterie (1). C'est là d'ailleurs une question de fait pour les juges, en France comme à Londres, de savoir s'il s'agit de dommages naturels et ordinaires tels qu'ils ont pu être prévus par le débiteur, ou au contraire s'il s'agit de dommages exceptionnels que le débiteur n'a pu prévoir.

Et comme la jurisprudence, par une interprétation de l'art. 1150 que les auteurs jugent heureuse (2), tend à tenir compte non seulement de la prévision de la cause du dommage, c'est-à-dire de sa nature, mais encore de la prévision de sa quotité, le juge pourra diminuer les prétentions du demandeur à se faire allouer par exemple des dommages

1. V. *supra*, 2^e part., chap. 3, p. 97.

2. Colin et Cap., *op. cit.*, t. II, n^o 105, p. 98, 7^e éd.

représentant des dépenses engagées en vue du mariage.

Il y a toutefois des cas où le défendeur sera jugé, en équité, peu digne d'intérêt en raison de sa mauvaise foi. Dans ce cas, le juge peut étendre la portée des réparations même au préjudice imprévu, puisque l'art. 1150 stipule que le défendeur ne bénéficie du tempérament qu'il édicte que si « ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée ». Ainsi dans le cas où le défendeur à l'action en rupture de mariage se sera rendu coupable de dol, le juge, rejoignant alors dans une mesure discrète le point de vue anglais des *torts* appréciera les dommages comme en matière délictuelle. Et c'est là que le juge anglais et les auteurs dont nous avons copié la doctrine ont été frappés des caractères délictuels que présentait cette action sur certains points.

Faut-il en conclure qu'il n'y a pas alors de différence entre la faute contractuelle et la faute délictuelle, et que les dommages-intérêts en raison du dol auraient pour fondement un délit ou un quasi-délit, bien que le préjudice ait eu pour origine la rupture d'un contrat ? Le dol serait-il une sorte de pont jeté entre les deux actions ?

Nous pensons, sans avoir ici à étudier longuement cette question si délicate, que nous restons tout à fait, même dans ce cas, sur le terrain du contrat. En effet, le législateur n'a pas voulu faire bénéficier de l'art. 1150 ceux qui auront manqué dans le contrat à une obligation qui, sans y être stipulée expressément, est inscrite dans l'art. 1134 du Code relatif aux conventions, l'obligation de la bonne foi. Mais la source de l'obligation demeure de nature contractuelle.

Terminons en observant que les parties pourraient valablement stipuler une clause pénale qui serait due dès qu'il y aurait inexécution ou retard et que le débiteur en serait responsable (1). La validité d'une telle clause serait évidemment, aux termes de l'art. 1227, subordonnée à celle de l'obli-

1. Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. 7. Oblig., n° 868.

gation principale, de sorte que, si celle-ci venait à être déclarée nulle en raison d'une des fins de non recevoir que nous allons étudier, cette nullité entraînerait celle de la clause pénale.

APPENDICE. — La restitution des cadeaux.

Il nous paraît opportun de traiter de cette question à propos de la solution contractuelle du problème des fiançailles ; c'est en effet sur ce terrain que se place notre jurisprudence et ses décisions cadrent parfaitement avec la thèse que nous soutenons.

La jurisprudence admet qu'il y a lieu en cas de rupture de fiançailles ou de promesses de mariage à la restitution des cadeaux et des dons faits en vue du mariage, et sous cette condition que le mariage suivrait les fiançailles. Cette restitution n'est donc pas une réparation du dommage aux termes de l'art. 1382. Elle doit avoir lieu, même dans le cas où il y a eu rupture sans faute et où aucun des fiancés n'est fondé à demander à l'autre des dommages-intérêts. Cette jurisprudence se fonde sur les dispositions de l'art. 1088 du Code civil suivant lequel « toute donation faite en faveur du mariage sera caduque si le mariage ne s'en suit pas ». Il faut donc établir, pour obtenir la restitution des libéralités en question, qu'elles ont été, dans l'esprit du disposant, « subordonnées à la conclusion du mariage (1) ».

Il a été jugé que la fiancée doit restituer à son ex-futur la bague de fiançailles :

« Attendu que la donation d'une bague de fiançailles peut être considérée à un double point de vue comme un témoignage de reconnaissance pour l'accueil favorable fait à la demande et aussi comme un gage du mariage que fait prévoir la promesse préalable ; qu'à ce titre, elle tombe inéluctablement sous le coup de l'article 1088 du Code civil, puisqu'elle est faite en faveur du mariage » (2).

1. Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. 2. La Famille, n° 87.

2. Trib. civ. Grenoble, 13 novembre 1928 ; G. P. 1929, 1.197. Cf. aussi Trib. Seine, 18 juillet 1923. S. 1923.2.155. D. 1923.2.206. Cependant, un

Le tribunal de Grenoble poursuit en soulignant que ce dernier caractère est très nettement établi,

« et semble même prédominer eu égard à la valeur relativement considérable du bijou et aussi de ce fait non dénié qu'il venait de la mère de C... ; qu'on ne peut supposer en effet chez le défendeur l'intention d'avoir consenti à l'aliénation d'un tel bijou au profit d'une personne qui n'était pas destinée à entrer dans la famille et en dehors de cette considération ».

Le même caractère est reconnu aux objets composant la « corbeille de mariage » ou le montant de la « bourse » que l'ex-futur aurait remis à sa fiancée pour en faire l'acquisition (1); il y faut aussi comprendre le linge ou trousseau offert par un fiancé et confié en dépôt aux parents de la jeune fille (2).

Au contraire, ce caractère n'est pas reconnu aux menus cadeaux qu'il est d'usage pour un galant homme d'offrir à une jeune fille et qui demeurent tout à fait personnels. Les juges apprécient souverainement, dans chaque cas, si la libéralité a été faite avec ou sans la condition expresse ou tacite *si nuptiæ sequuntur...*

On a parfois invoqué en faveur de la thèse contractuelle cette jurisprudence sur les donations *ante nuptias*. En reconnaissant à cette condition un caractère obligatoire, les tribunaux ne décident-ils pas qu'une promesse de mariage n'est pas nulle en soi et présente un caractère parfaitement licite ?

arrêt récent de la Chambre des Requêtes de la Cour de Cassation en date du 18 juillet 1933 (G. P. 1933.2.678) admet que l'époux coupable n'est pas tenu en cas de divorce de restituer la bague de fiançailles. Cette jurisprudence d'ailleurs critiquée (Voir l'article de M. Savatier, *Rev. Trim. de Droit civil*, 1933, p. 1254 et suiv.) se fonde sur une interprétation littérale et étroite de l'art. 299 qui, semble-t-il, soumet au contraire à la révocation toutes les donations faites à l'occasion du mariage, ce qui est bien le cas de la bague de fiançailles.

1. Rigaud, La fiancée, *Spes* 1927, p. 17.

2. Trib. de paix de Versailles-Ouest, 15 mars 1934 ; *Bull. spécial des décisions des juges de paix*, octobre 1934, p. 414.

L'argument n'est pas sans valeur au point de vue psychologique. Car n'y a-t-il pas une atteinte à la liberté du mariage dans le fait de subordonner une donation, qui peut être importante, à la réalisation de l'union ? N'est-ce pas une autre manière de faire pression sur cette volonté qui doit être, selon la jurisprudence, absolument libre et actuelle au moment de la célébration ?

Au point de vue juridique, on ne peut soutenir que le juge, en faisant de la non réalisation du mariage la condition résolutoire de la libéralité ainsi consentie, et en s'appuyant sur l'art. 1088 du Code civil, valide pour autant les promesses de mariage.

La solution de la jurisprudence sur ce point n'est pas en contradiction avec celle qu'elle donne en matière de rupture de promesses de mariage ; mais elle s'accorde parfaitement aussi avec la thèse contractuelle. C'est pourquoi nous nous sommes contentés d'en faire sommairement mention dans cet appendice, car la question est et demeure indépendante du problème que nous cherchons à résoudre.

CHAPITRE V

Exceptions et fins de non-recevoir.

Il nous paraît utile de résumer dans un chapitre spécial, comme nous l'avons fait, en droit anglais, les exceptions, défenses et fins de non-recevoir susceptibles d'être opposées à l'action. Il n'est pas inutile d'insister sur ce point que le défendeur n'est pas désarmé. Sans doute, c'est à lui d'établir les faits qui sont à la base de l'exception qu'il invoque en vertu du vieil adage : *Reus in excipiendo fit actor*.

Mais nous avons déjà démontré que, sur le terrain du délit, le défendeur n'était guère mieux placé puisque la jurisprudence en arrive à tirer de la rupture même une sorte de présomption de faute et que c'est en fait à lui d'établir qu'il avait de justes motifs.

1° EXCEPTION TIRÉE DE L'ABSENCE DE CONSENTEMENT OU D'UN VICE DU CONSENTEMENT.

Nous ne faisons que rappeler ici ces exceptions qui ont été étudiées avec le consentement lui-même. Il n'y a pas de contrat, donc pas d'action :

- A) s'il n'y a qu'une promesse unilatérale ;
- B) si le consentement a été vicié par l'erreur, la violence ou le dol, dans les conditions examinées plus haut.

Nous n'insistons pas, mais c'est là, à n'en pas douter, la plus importante des exceptions.

2° EXCEPTION TIRÉE DU *MUTUUS DISSENSUS*.

Le défendeur pourra repousser l'action en établissant que la rupture a été consommée d'accord avec le demandeur, en produisant par exemple une lettre par laquelle l'adversaire lui a rendu sa parole. C'est ce que les Anglais appellent l'exception de *release* ; dans ce cas, en effet, il y a remise de dette par le créancier et l'obligation est éteinte conformément aux dispositions de l'art. 1234 du Code civil.

Ici peut se poser une question : le silence gardé par la partie délaissée pourra-t-il être interprété comme un acquiescement à la rupture et le défendeur pourra-t-il s'en prévaloir pour invoquer le *mutuus dissensus* ? Evidemment non. Le silence dans ce cas étant l'attitude la plus digne que l'on puisse garder, on ne saurait en tirer argument. Il en va de même de la restitution des lettres qui ne saurait, par analogie avec les art. 1282 et suivants, être interprétée comme la remise du titre au débiteur pour le libérer. C'est un usage constant de restituer la correspondance. Toutefois, cette restitution risquera évidemment de priver le demandeur du mode de preuve le plus efficace.

3° EXCEPTION TIRÉE D'UN TERME OU D'UN DÉLAI.

Il peut arriver que le défendeur ne dénie pas sa promesse. Mais il soutient qu'il ne peut l'exécuter avant un certain délai. Sa situation n'est pas encore bien assise. Sa santé demande des soins temporaires et il désire attendre la guérison totale, etc...

Le terme n'a d'autre effet (art. 1185) que de retarder seulement l'exécution. Il est évident que c'est au demandeur d'établir que la convention avait été affectée d'un terme, du consentement des deux parties. Il en sera ainsi s'il produit une lettre où sa fiancée lui déclare qu'elle est résolue à différer le mariage jusqu'à tel événement certain, ou telle date déterminée.

Si aucun terme n'a été stipulé, mais que le juge estime vraiment sérieuse et fondée en équité l'exception soulevée par le défendeur, il pourra, usant de la faculté que lui donne l'art. 1244, lui accorder un délai pour s'exécuter, à condition qu'il ne s'agisse pas d'un moyen purement dilatoire.

C'est en somme, comme nous l'avons vu en droit anglais, une question qui relève de la raison du juge. Il s'agit de savoir si le défendeur a disposé d'un délai raisonnable (*reasonable times*). Mais cette exception n'est que dilatoire en ce sens qu'elle n'a pas pour résultat de faire échec à l'action, mais seulement de suspendre les poursuites, jusqu'à l'expiration du terme convenu ou imposé par le juge.

Ce moyen de défense ne saurait être accueilli que si la bonne foi du défendeur est certaine. S'il s'est lié par d'autres promesses, cela équivaut à dénier son engagement, et il ne saurait invoquer le bénéfice du terme.

4° EXCEPTIONS TIRÉES DE L'EXISTENCE D'UNE CONDITION.

Nous ne reviendrons pas sur l'existence d'une condition suspensive purement potestative, expresse ou présumée, que nous avons examinée et qui anéantit le contrat en vertu de l'art. 1174 du Code civil, et réduit les relations des pseudo-fiancés à de simples pourparlers.

Mais on peut supposer d'autres conditions.

Le fiancé peut subordonner l'exécution de sa promesse au succès d'un concours, dont dépend sa situation. Cette condition est parfaitement licite. Jusqu'au résultat du concours, une incertitude pèse sur le sort de la convention. Néanmoins, la promesse est formée et celui qui a promis sous condition suspensive ne peut plus retirer la promesse qu'il a faite (1). Si donc, *pendente conditione*, le promettant venait à rompre, ou, ce qui revient au même, à contracter d'autres fiançailles, voire à se marier, l'action de la fiancée

1. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. II, n° 397, p. 372, 7^e éd,

serait recevable et il ne saurait lui opposer la condition suspensive. Si, au contraire, c'est la fiancée qui, trop pressée, et sans qu'il y ait eu rupture, agit en indemnité avant la réalisation de l'événement, le défendeur peut exciper de la condition pour repousser l'action; mais ce ne sera là qu'une exception dilatoire, qui n'anéantit pas le droit du demandeur.

Enfin, imaginons que notre fiancé essuie un échec au concours ou à l'examen. L'obligation est considérée comme n'ayant jamais pris naissance (1) et ce serait une bonne défense que d'opposer cette exception à l'action de la fiancée qui serait déclarée de ce chef irrecevable.

De même, le défendeur pourra opposer la nullité des promesses souscrites sous une condition impossible ou illicite, comme contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Arrêtons-nous un instant sur cette hypothèse dont la jurisprudence citée plus haut nous offre deux exemples :

Rappelons d'abord l'hypothèse jugée par le Tribunal de Bordeaux (2). Il s'agissait d'une femme mariée qui n'hésita pas, sur la foi de promesse de mariage, à s'engager, à abandonner son mari et ses enfants, et qui se vit, après avoir divorcé, abandonnée par son amant. Elle se retourna contre celui-ci et lui réclama une indemnité pour rupture de promesse de mariage. Sur le terrain de l'art. 1382, le Tribunal de Bordeaux lui alloua 20.000 francs de dommages-intérêts.

Au contraire, dans l'affaire *Spiers c. Hunt* (3), le juge anglais refusa de sanctionner un contrat, lors d'une action intentée dans des conditions pourtant beaucoup plus favorables. Un homme marié avait promis à la demanderesse de l'épouser après la mort de sa propre femme, alors atteinte d'une maladie grave. Le juge déclara qu'un tel contrat, en raison de la condition qu'il implique, était immoral et il a

1. Colin et Capitant *op. cit.*, n° 398, p. 372, 7^e éd.

2. Bordeaux, 12 décembre 1922, D. 1923.2.44 et *supra*, 1^{re} partie, chap. 3.

3. Cf. *supra*, 2^e partie, chap. I, p. 60. 1908, I, K, B. 720.

stigmatisé la conduite des contractants dans un long jugement que nous avons rapporté.

C'est évidemment à cette solution qu'aurait dû se ranger le Tribunal de Bordeaux, si elle s'était placée sur le terrain du contrat. Nul doute que le défendeur ait pu repousser l'action en plaidant que la condition impliquée dans les promesses était illicite, contraire à la morale la plus élémentaire, dangereuse pour la stabilité des foyers. Toutes les considérations données par le juge anglais seraient ici à retenir.

Cette exception serait fondée sur les dispositions de l'art. 1172 du Code civil, aux termes duquel :

« Toute condition d'une chose impossible ou contraire aux bonnes mœurs ou prohibée par la loi est nulle et rend nulle la convention qui en dépend. »

Fallait-il donc débouter la femme de sa demande et lui refuser la réparation que la Cour de Bordeaux a cru devoir lui accorder ? Sans aucun doute, et cette solution serait infiniment supérieure au point de vue social. La Cour de Bordeaux s'est attendrie sur ce fait que la femme, par faiblesse sans doute, en proie à de vives tentations, a brisé son foyer et par la violation de la promesse faite par son amant, a fini par être victime de son infidélité et de son abandon coupable de son mari et de ses enfants. N'est-on pas en droit de penser qu'elle n'a fait que supporter les justes conséquences de sa propre faute ! N'eût-il pas été fâcheux, au point de vue de la morale, qu'elle ait trouvé dans cette seconde union préméditée par elle, alors qu'elle était encore légalement liée dans un premier mariage, une récompense que son infidélité ne méritait pas ? Sans doute, la Cour de Bordeaux s'est placée à un autre point de vue, et, sur le terrain de l'art. 1382, sa décision se justifie. Elle a voulu punir celui qui n'a pas hésité à provoquer la ruine d'un foyer en refusant ensuite de remplir sa promesse. Mais, au point de vue social, cette décision n'en n'est pas moins une prime à l'infidélité conjugale.

L'affaire *Spiers c. Hunt* nous laisse entrevoir une autre

hypothèse. Le juge envisage le cas où un homme déjà marié a laissé croire à une femme qu'il était célibataire ; celle-ci agit en justice. Ne va-t-il pas pouvoir plaider la nullité des promesses pour condition impossible, s'il est encore marié ou pour condition illicite, contraire aux bonnes mœurs, si sa femme est décédée depuis la promesse ?

Il ne le pourra pas en droit anglais. Ayant laissé croire à cette femme qu'il était célibataire, il ne sera pas admis à faire état du contraire pour repousser l'action. Nous avons exposé en son temps cette théorie de *l'estoppel* (1).

A la vérité, cette solution est tout à fait satisfaisante. Il est incontestable que si un homme ou une femme déjà mariés contractent des fiançailles avec une personne qui ignore cet état — et certains cas de « mariages » américains de guerre sont encore dans notre mémoire — cette personne doit être en équité recevable à intenter une action en dommages-intérêts pour rupture de promesses de mariage.

Le juge français n'a pas dans son arsenal cette théorie de *l'estoppel*, spécifiquement anglaise, et qui se présente d'ailleurs comme une règle du droit des preuves.

Mais il n'en accueillera pas moins l'action. En effet, pour qu'il y ait condition expresse ou tacite il faut que cette condition ait été introduite dans le contrat par le consentement des parties. Si donc une des parties ignorait que son contractant fût marié, on ne peut naturellement conclure à l'existence d'une condition illicite — à savoir la mort de l'autre conjoint ou le divorce — et le contrat conserve toute sa valeur.

On s'étonnera peut-être que nous ne fassions pas ici appel à la théorie de la cause illicite ou immorale.

Nous pensons, sans nous étendre sur une question qui a fait l'objet de savantes et vives controverses, que dans les contrats synallagmatiques, la cause doit être définie

1. Cf. *supra*, 2^e partie, chap. I, p. 63.

comme le but juridique immédiat, et direct... le même dans chaque contrat, poursuivi par les parties ; et ce but, c'est l'exécution de l'obligation du co-contractant. La cause exprime cette nécessité du « donnant donnant » sous le régime duquel vit le commerce juridique à titre onéreux (1).

Dans le cas qui nous intéresse, il s'agit de simples promesses. Celles-ci « n'entraînent par elles-mêmes, écrit M. Paul Esmein, aucun déplacement de valeur, la question de l'existence d'une contre-partie ne se pose que pour les obligations à naître du contrat promis, dont la promesse n'est qu'un accessoire, et avec lequel elle ne forme qu'un au point de vue où nous nous plaçons. Il s'ensuit que la nullité de la promesse peut être demandée dès avant la manifestation de la volonté d'en profiter, si le promettant établit que l'obligation qui naîtrait pour lui du contrat serait sans contre-partie, par exemple s'il a stipulé une chose ou un fait impossible ou illicite » (2).

Or ici le but juridique poursuivi est le mariage. La cause de l'obligation pour chaque partie, c'est l'exécution de la promesse par l'autre. Or, en soi ce but n'a rien d'illicite. Le mariage est au contraire un but louable, un contrat et une institution sociale à protéger. Mais, cette exécution est impossible chez un homme déjà marié, sauf s'il y a divorce, condition *sine qua non* de l'accomplissement de la promesse, ou sauf si la femme vient à mourir.

Promettre le mariage dans ces conditions, c'est tout en poursuivant un but juridique louable en soi, y mettre une condition de nature à porter atteinte à l'institution du mariage, immorale, et que le droit (art 1172) ne saurait sanctionner.

Mais il ne nous paraît pas que ce soit la cause même de la promesse qui soit illicite ou immorale. Et en raison de l'existence de l'institution du divorce ou de la possibilité

1. Planiol et Ripert, *op. cit.*, vol. VI, n° 250.

2. Planiol et Ripert, *op. cit.*, vol. VI, Esmein, n° 256,

du décès du conjoint, on ne peut pas dire qu'elle soit impossible.

Il est vrai que notre opinion se fonde sur la distinction proposée par M. Capitant entre la cause et le motif. Ce dernier étant défini par lui comme « la raison contingente, subjective, et par là même variable avec l'individu » (1).

Si l'on confond avec la jurisprudence, approuvée vigoureusement par certains auteurs (2), la cause et le motif, on doit admettre que de telles promesses conclues avec au moins le désir de rompre une union légitime et régulière se trouvent, pour reprendre la forte expression du juge Philimore, en état de guerre contre l'ordre social et qu'on ne saurait dans ce cas, sanctionner la volonté des parties.

Un tel acte juridique bien que l'objet de l'obligation qu'il engendre, à savoir le mariage, soit parfaitement licite en soi, est vicié, parce que les engagements qui en résultent sont destinés à procurer ou à faciliter un acte illicite ou immoral, c'est-à-dire la rupture d'un lien conjugal antérieur.

Quoi qu'il en soit, et en toute hypothèse, il va de soi que la partie déjà mariée ne peut refuser d'exécuter son engagement en invoquant le caractère illicite du mobile qui l'anime, contre l'autre partie lorsque celle-ci ignore la situation.

M. Esmein estime par exemple qu'un acheteur ne saurait refuser de payer le prix d'achat d'un immeuble destiné dans sa pensée à l'installation d'une maison de tolérance, sans établir que le vendeur connaissait le but poursuivi par lui. Ce serait le cas d'appliquer à celui qui s'est engagé, bien que marié, le fameux brocard :

1. Capitant, *De la Cause*, n° 4, p. 11. Voir aussi Colin et Capitant, *op. cit.*, t. II, n° 57, p. 54, 7^e éd.

2. Voir notamment : Georges Ripert, *La Règle morale dans les obligations civiles*, chap. I, nos 32 et suivants.

Nemo auditur turpitudinem suam allegans (1).

Bien plus, nous pensons que la fiancée, dès qu'elle apprend la tromperie dont elle a été l'objet, sera recevable à intenter une action en rupture de promesses de mariage en faisant prononcer la nullité des promesses, assortie d'une condamnation à des dommages-intérêts.

Bref, seront nulles pour conditions ou causes illicites, les promesses de mariage, lorsqu'une des parties est déjà mariée, à condition que l'autre partie ait connu cette situation au moment du contrat.

C'est la même solution que celle du droit anglais.

Il convient de noter pour terminer que la jurisprudence, qui avait voulu rendre nulles les fiançailles au nom de la liberté du mariage en leur enlevant toute efficacité sur le terrain du contrat, aboutit sur le terrain du quasi délit (l'exemple de la Cour de Bordeaux est typique) à les sanctionner dans des cas où les règles des contrats (condition, cause ou but illicites) ne lui eussent point permis de le faire, et dans des cas où le respect de la morale et la protection de la famille commandaient de les déclarer nulles et de nul effet.

1. Perreau, *Technique de la jurisprudence en droit privé*, 1923, p. 174. Les maximes traditionnelles.

CONCLUSION

L'étude que nous venons d'esquisser — car nous ne prétendons pas avoir épuisé tous les problèmes qui peuvent se présenter — nous permet de répondre à la question que nous nous sommes posée dans notre introduction : l'intervention du législateur ne s'impose pas, et le juge trouvera et dans le droit positif régissant la matière des contrats, et dans la coutume jurisprudentielle, et enfin dans sa conscience, des moyens techniques, très suffisants pour résoudre le problème souvent délicat de l'action en rupture des promesses de mariage.

L'erreur initiale de la jurisprudence est de s'être écartée du domaine contractuel pour avoir voulu donner au principe, vrai en soi, que les mariages doivent être libres, une portée exagérée ; nous avons démontré que, sur le terrain délictuel, l'action accordée par nos juges, non seulement ne se trouvait pas restreinte, mais même triomphait dans des cas où, sur le terrain du contrat, elle eût échoué ou du moins n'eût été accueillie que sous des conditions plus sévères.

Il en est notamment ainsi pour le cas des mineurs et dans l'hypothèse de promesses sous conditions illicites ou immorales.

Même en ce qui concerne les conséquences de l'action, il apparaît que, sur le terrain contractuel, les règles d'évaluation des dommages-intérêts donneraient au juge des moyens de modérer justement le préjudice lorsque le défendeur est de bonne foi.

Enfin il est évident que, sur le terrain de la preuve, la ju-

jurisprudence ne se trouvera pas embarrassée pour justifier l'exigence d'une preuve écrite ou d'un commencement de preuve.

Bien plus, nous avons exposé que le seul avantage de l'action fondée sur l'art. 1382, à savoir l'obligation mise à la charge du demandeur d'établir une faute du défendeur, était illusoire, et qu'en pratique c'est à ce dernier qu'il appartenait, une fois la promesse et la rupture établies par le demandeur, de prouver qu'il avait de justes motifs de rupture ; la conclusion qui s'impose est celle que préconisait déjà M. François Gény lorsqu'il écrivait :

« En allant plus au fond des choses on reconnaîtrait, je crois, que notre jurisprudence moderne a eu tort de dénier toute force obligatoire au contrat de fiançailles. C'est un sophisme de dire qu'il y a là un simple fait. Car si la rupture engage la responsabilité du séducteur, cela ne s'explique que parce qu'il avait pris un engagement valable, engagement qui ne peut résulter que d'un acte juridique proprement dit (1). »

C'est la solution du juge anglais.

Tout n'est pas faux toutefois dans la conception de la jurisprudence française. Il n'est pas impossible que l'art. 1382 puisse parfois être invoqué. Mais il ne pourra l'être que lorsqu'il n'y aura pas eu de promesses de mariage ; on en sera resté à des pourparlers, mais en donnant imprudemment de la publicité à ces pourparlers ; une personne, qu'il s'agisse d'un soi-disant fiancé, d'un parent ou d'un ami, pourra causer un préjudice qui, le cas échéant, devra être sanctionné. Mais cette hypothèse reste en dehors du cas des promesses de mariage proprement dites.

Objectera-t-on que le système que nous avons exposé livre trop les fiancés à l'arbitraire du juge ? Nous avons déjà dit ce que nous pensons des solutions législatives trop étroites. Nous répondrons de plus qu'il en est ainsi de tous

1. François Gény, *La Protection juridique de la femme*, op. cit., p. 17 et 18.

les contrats ; de même qu'en médecine on dit volontiers qu'il n'y a pas de maladie, mais avant tout des malades, et que le praticien qui prétendrait appliquer le même remède pour tous risquerait de se tromper lourdement, de même il faut se résoudre à admettre qu'en jurisprudence il y a des cas d'espèce qui diffèrent sensiblement les uns des autres, que le juge doit tenir compte dans l'interprétation de la volonté des parties, et des usages, et du milieu social, et d'une foule de contingences dont l'ignorance aboutirait à des solutions choquantes pour l'équité. Nous reprochera-t-on de donner au juge un pouvoir trop étendu ? Nous ne faisons que constater avec un écrivain belge, la nécessité du « gouvernement des juges » ; que l'on exige que ceux-ci soient à la hauteur de leur tâche ; que leur science, leur expérience, leur conscience, leur indépendance soient hors de cause, c'est ce que le justiciable a le droit de demander. Et à cet égard l'étude du droit anglais et de l'organisation judiciaire d'outre-Manche peut nous donner d'utiles leçons.

« Les Françaises, a écrit M. Rigaux (1), auraient peu à gagner à voir insérer dans un programme de revendications féministes, un article tendant à faire admettre qu'à l'instar de ce qui a lieu dans certaines législations modernes (Code civil allemand de 1900, Code civil suisse de 1912, Loi suédoise sur le mariage du 11 juin 1920) les fiançailles constituent une convention civile réglementée par le Code. »

Cette opinion est juste pour plusieurs raisons.

Nous pensons tout d'abord qu'une législation sur les fiançailles serait inutile parce qu'elle ne changerait rien au système que nous proposons. Prenons à titre d'exemple la législation suisse, pays qui, par sa culture et sa civilisation, est très proche de nous. Avant la promulgation du Code de 1912, les solutions du problème des fiançailles variaient avec les régions. A Genève et à Neuchâtel, les fiançailles

1. Rigaux, *op. cit.*, p. 18.

étaient soumises au droit des obligations ; les cantons de Fribourg, de Vaud et du Valais les rattachaient au droit de la famille ; on cite même quelques cantons de la Suisse allemande qui admettaient un droit de successibilité entre fiancés (1).

On comprend la nécessité pour le législateur fédéral de traiter spécialement des fiançailles pour unifier la législation.

L'art. 90 du Code nous dit : « les fiançailles se forment par la promesse du mariage ». Il s'agit, tout comme dans notre thèse, d'un contrat purement consensuel dont la preuve sera à la charge de la partie qui l'invoque. Ce sont donc en matière de consentement les règles du droit commun qui s'appliquent.

Le même article stipule que ces promesses n'obligent le fiancé mineur ou interdit que si le représentant légal y a consenti. C'est aussi la solution à laquelle nous aboutissons, réserve faite de la question de savoir quel sera le représentant légal, suivant que l'on appliquera ou non à notre matière, par analogie avec le contrat de mariage, les dispositions de l'art. 1398 du Code civil, ou que l'on s'en tiendra au droit commun.

« Les fiançailles sont la préface du mariage, écrit le commentateur suisse, mais il faut qu'on puisse s'arrêter à la préface et qu'on ne soit pas forcé de lire ou d'écrire ensemble un livre qui promettrait d'être mauvais dès les premières pages. On s'est imaginé que l'on s'aimait. On a tiré une lettre de change sur le bonheur ; si l'on acquiert la conviction que le bonheur ne paiera pas, on peut librement reprendre sa signature ».

Le Code va-t-il pour autant instaurer un système de contrat avec possibilité de rupture unilatérale ? Pas du tout, et le commentateur prend soin de nous avertir que nonobstant cette possibilité de reprendre sa parole « les

1. Consulter sur cette question : Virgile Rossel et F. H. Mentha, *Manuel de droit civil suisse*, livre II, 1^{re} partie. Payot, 2^e éd., t. I, titre III, chap. I, p. 187 et suivantes.

fiançailles ne sont pas un simple jeu ». Et les articles 91 et suivants vont régler la question de leur rupture.

La rupture engagera donc la responsabilité de son auteur et il sera tenu de réparer le dommage, à moins qu'il n'établisse qu'il a rompu pour de justes motifs. Ces justes motifs, qui constituent comme autant de fins de non recevoir, relèvent de l'appréciation souveraine des juges du fond. Ces justes motifs pourront être la mauvaise conduite de la fiancée ou encore des renseignements déplorable sur la moralité de la famille (1), à moins naturellement que ces faits aient été connus du défendeur au moment où il a fait la promesse.

Il va sans dire que les juges pourront interpréter comme constituant un refus déguisé le fait d'ajourner indéfiniment des fiançailles au delà d'un délai raisonnable qui relève de leur souveraine appréciation.

En ce qui concerne la réparation du préjudice, l'art. 92 prévoit d'abord des dommages-intérêts compensant les pertes subies par le patrimoine du demandeur :

« ARTICLE 92: Lorsqu'un des fiancés rompt les fiançailles sans justes motifs, ou lorsqu'elles sont rompues par l'un ou l'autre à la suite d'un fait imputable à l'un d'eux, la partie en faute doit à l'autre, aux parents ou aux tiers ayant agi aux lieu et place de ces derniers, une indemnité équitable pour les dépenses faites de bonne foi en vue du mariage. »

Cette disposition qui limite les dommages matériels aux dépenses normales faites de bonne foi pour le mariage n'a pas d'autre effet que celui de notre art. 1150, qui précisément limite, lui aussi, le dommage au préjudice que les parties avaient prévu ou pouvaient prévoir lors de la conclusion du contrat.

Il est certain que le Code suisse nous apporte ici une

1. Voir notamment : Trib. Féd., 4 octobre 1928, *Journal des Tribunaux et Revue judiciaire* du 28 février 1929, p. 112.

précision intéressante. La partie qui a rompu sans de justes motifs doit une indemnité non seulement au fiancé délaissé, mais encore aux parents et même aux tiers qui ont agi aux lieu et place des parents. Or, il n'y a pas de lien de droit contractuel entre les parents et le défendeur à l'action en rupture et encore moins entre celui-ci et des tiers. Il n'a rien promis aux parents, ni aux tiers. Si ceux-ci ont fait des dépenses, n'est-il pas opportun qu'un texte de loi puisse leur donner une action ?

Et l'art. 1165 ne consacre-t-il pas la vieille maxime suivant laquelle *res inter alios acta aliis neque prodest, neque nocet* ? Le problème n'est pas insoluble dans l'état actuel de notre droit positif et des solutions de la jurisprudence ; celle-ci, en effet, n'a pas hésité dans bien des cas à opposer l'art. 1382 à l'art. 1165 et à admettre que si la violation d'un contrat constitue de la part d'un des contractants une faute à l'égard d'un tiers, une action est ouverte à ce dernier sur la base de l'art. 1382 (1).

D'autre part, ne peut-on soutenir que les parents, s'ils ont engagé des dépenses, l'ont fait comme mandataires de leur enfant, ou, si celle-ci est mineure, comme ses représentants légaux ? Dans le premier cas, leur enfant, demandeur à l'action, sera bien fondé à réclamer au défendeur l'indemnité représentant ces dépenses et la jurisprudence, nous l'avons vu, n'a jamais hésité à l'accorder, sans même que cette question paraisse avoir été soulevée. Quant aux « tiers », nous lisons dans Rossel et Mentha que ce mot n'a pas été sans soulever des discussions lors des travaux préparatoires et il semble qu'il faille entendre par là les parents proches des fiancés, en dehors des père et mère, par exemple un oncle ou un grand-père qui auraient fait construire une maison.

1. Rennes, 18 juin 1906. *Rev. trim.*, 1907, p. 97. Crim. 3 mai 1913, D. 1916.1.77. — Arrêts cités par M. Henri Lalou « 1382 contre 1165 des responsabilités délictuelles des tiers à l'égard d'un contractant et d'un contractant à l'égard d'un tiers ». *Chronique* au D. H., 25 octobre 1926, N° 32, N° 69 et suivants.

Notre jurisprudence peut donc, là encore, résoudre le problème sans l'intervention du législateur.

Les auteurs admettent que cette action présentant un caractère patrimonial serait cessible et transmissible activement et passivement. Nous avons montré que l'on se trouve en effet dans ce cas en face d'un problème délicat, et, tout en nous prononçant pour la négative, nous pensons qu'il n'est pas contraire aux principes généraux d'admettre cette transmissibilité.

Voilà pour les dommages matériels. Quant au dommage moral, sa réparation est expressément prévue par l'art. 93 du Code civil suisse lequel dispose que :

« Lorsque la rupture porte une grave atteinte aux intérêts personnels d'un fiancé sans qu'il y ait faute de sa part, le juge peut lui allouer une somme d'argent à titre de réparation morale, si l'autre partie est en faute. »

Ainsi, en droit positif suisse, le juge aura aussi à tenir compte du dommage moral, sans que la loi limite le moins du monde le chiffre de la réparation qui est entièrement livré à l'appréciation du juge.

Tout de même, répondra-t-on, cette législation a l'avantage d'exiger une faute de la part de l'auteur de la rupture et c'est là une sérieuse garantie, analogue à celle que donne chez nous l'art. 1382. Nous avons montré que cette garantie ne sert à rien. Car de deux choses l'une : ou l'auteur de la rupture aura établi de justes motifs de rupture — erreur, dol, ou autres exceptions étudiées plus haut —, et il repoussera victorieusement l'action, ou bien il n'établira pas de justes motifs et il sera présumé en faute.

Notons que l'art. 93 prévoit que l'action en réparation du dommage moral, en raison de son caractère personnel, est incessible et intransmissible (1). C'est la solution que nous avons dégagée dans notre thèse, en nous appuyant sur les

1. Jurisprudence, *Journal des Tribunaux*, 1916, p. 136.

principes généraux des contrats. Toutefois le même article prévoit que les héritiers seraient recevables à exercer cette action au lieu et place de leur auteur si celui-ci avait déjà introduit son action avant la mort. Et nous avons montré que cette solution, qui est celle du juge écossais, pouvait être adoptée par notre jurisprudence.

Un seul point nous paraît intéressant : la prescription prévue pour l'action est celle de l'art. 60 du code des obligations en matière de responsabilité civile. Le demandeur doit, sous peine de déchéance, l'exercer dans l'année qui suit la rupture. Certes il est fâcheux que seule la prescription ordinaire puisse être appliquée dans notre système contractuel. Il est en effet à souhaiter que des individus ne vivent pas avec cette épée de Damoclès suspendue sur leur tête. Mais c'est là au fond une question dont l'intérêt est purement théorique. L'action sera exercée généralement *ab irato*, sous le coup de la blessure ou des pertes d'argent subies par le demandeur, ou bien celui-ci n'agira plus.

En vérité, l'examen des dispositions du Code civil suisse, type des législations modernes en matière de fiançailles, ne nous apporte rien que nos juges ne trouvent déjà dans les principes généraux du droit des contrats, ainsi que nous avons essayé de l'exposer.

Sans doute, il est une législation qui présente en la matière un système différent et plus original. C'est la législation de l'Eglise. Nous avons montré chemin faisant que le caractère le plus saillant des dispositions du nouveau code de droit canonique est de faire des fiançailles un contrat solennel. L'avantage est qu'elles se distinguent ainsi nettement des simples pourparlers. Mais serait-il juste de ne tenir aucun compte de promesses de mariage passées en dehors des formes rigoureusement prévues par la loi ?

Nosre époque moderne s'accommode mal avec le formalisme, et l'on a pu écrire que la répudiation progressive de celui-ci était une « des caractéristiques maitresses du

droit contemporain » (1). Un tel système présenterait tous les inconvénients des contrats solennels, aggravés par ce fait qu'il n'est pas dans les usages ni dans les traditions de contracter des promesses de mariage devant témoins et par écrit. Il serait assez mal venu à une époque où l'on tend plutôt à la restriction de la solennisation. En vérité nous avons montré que certaines formes sont tout de même exigées par la voie détournée de la règle des preuves (2) mais il n'y a là rien que l'on puisse comparer à un véritable contrat solennel.

Bref, à l'inverse de la thèse qu'a soutenue M. Pierre Colin, nous ne croyons pas l'intervention du législateur utile.

Nous allons plus loin et nous trouvons en second lieu avec les Anglo-Saxons que les solutions coutumières et jurisprudentielles sont bien plus propres à s'adapter avec souplesse à la vie d'une époque, à en épouser les contours et à se développer suivant les mœurs. Le juge, mieux encore que le législateur, et au jour le jour, peut aussi apporter aux mœurs sociales des correctifs qui s'imposent.

Nous faisons nôtre cette conception du rôle du juge de M. Georges Ripert, résumée par M. Paul Esmein :

... « Le juge ne doit pas suivre la masse quand manifestement, elle se fourvoie, mais au contraire la diriger, non pas en faisant prévaloir des conceptions personnelles isolées, mais en s'appuyant sur l'opinion des éléments sains de la population, gardiens d'une tradition ancienne, qui a fait ses preuves et dont s'inspirent, quant à l'essentiel, aussi bien les hommes de caractère conservateur

1. M. Josserand, La « Désolennisation » du testament. *Chronique* du D. H. du 16 juin 1932. N° 22, p. 73.

2. Voir l'art. de M. Henri Lalou à la *Chronique* du D. H. du 30 mars 1933, N° 13, p. 32. La « solennisation » des actes sous seing privé ou des exigences abusives du « bon pour ».

que ceux qui veulent d'un esprit loyal, apporter à notre organisation sociale des modifications radicales. »

Il semble notamment qu'un redressement parait nécessaire quant au respect de la parole donnée en général. « On lie les bœufs par les cornes et les hommes par des paroles ». Ce vieux brocard devient de moins en moins exact. A la faveur des lois d'exception, notamment des lois régissant les rapports des bailleurs d'immeubles avec les locataires, la masse finit par trouver normale la violation des engagements les plus sacrés. Sans doute, on peut trouver singulier que l'on puisse être tenu à payer des dommages-intérêts en cas de rupture de fiançailles, alors qu'on peut divorcer avec aisance et facilité, sans avoir, même si l'on est en tort, à verser la moindre somme d'argent, en dehors d'une pension alimentaire aux enfants ou de l'application extrêmement rare de l'art. 301. On peut d'abord répondre que le divorce ne constitue pas une rupture unilatérale de contrat par la libre volonté d'une des parties, qu'il est prononcé par l'autorité judiciaire pour des causes prévues par la loi. On ne saurait trop dire toutefois les coups qu'a porté à l'organisation de la famille la facilité avec laquelle la jurisprudence a ouvert la porte au divorce et on peut regretter que le législateur, au lieu de renchérir sur cette facilité, n'ait pas prévu à la charge de l'époux en faute, le paiement de dommages-intérêts, ou comme certains jurisconsultes l'ont proposé, l'abandon par l'époux coupable de la moitié de la fortune aux enfants. Mais il n'est jamais trop tard pour bien faire et le problème des fiançailles permettrait aux juges de réagir contre cette tendance au mépris des engagements pris.

Il est évident que si la jurisprudence persistait dans son système actuel quant à la nature juridique des fiançailles, mieux vaudrait que le législateur intervienne en s'inspirant des dispositions du Code civil suisse.

Nous ne nous dissimulons pas les lacunes que présente notre essai ni les objections qu'il peut provoquer. Bien des

questions seraient à mettre au point. Nous nous en remettons, comme on dit au Palais, à la sagesse des Tribunaux ; puissions-nous, par ce modeste travail, être utile à ceux qui cherchent à résoudre ce problème en mettant d'accord le Droit, la Logique et l'Équité.

Vu : le Président de la thèse,
MARC DESSERTAUX.

Vu : le Doyen de la Faculté de Droit,
A. GUILLOIS.

Vu et permis d'imprimer :
A Dijon, le 17 octobre 1934.
Le Recteur de l'Académie de Dijon,
J. E. SPENLE.

PRINCIPAUX OUVRAGES CONSULTÉS

1^o OUVRAGES EN LANGUE ANGLAISE.

- The Laws of England, being a complete statement of the whole Law of England, by the Rht. Hon. the Earl of Halsbury, Lord High Chancellor of Great Britain, and other lawyers. — London, Butterworth & Co, éd. 1911, et spécialement V^o Husband and Wife.
- Eversley's law of the domestic relations.
- Stephen's Commentaries on the laws of England. — 19^e éd.
- Principles of the Law of Contracts by the late S. Martin Leake, barrister at law, 7^o ed., by A. E. Randall, barrister at law. — London, Stevens & Sons, Ltd., 1921.
- Mayne's treatise on damages. — 10^e ed. by Frank Gahan M. A. B. C. L., L. L. B. barrister at law. — London, Sweet et Maxwell, Ltd, 1927.
- The Law of Torts. A treatise on the principles of obligations arising from civil wrongs in the C. L., by the Rgh. Hon. Sir Frederick Pollock B. T. K. C., D. C. L. — 12^e ed., London, Steven & Sons, Ltd, 1923.
- A Compendium of the Law of Torts, specially adapted for the Students by the Hon. Sir Hugh Fraser, one of H. M.'s Judges and Hon. fellow of Trinity Hall, Cambridge. — 11^e ed. by Roland Burrows, M. A. L. L. D. Barrister at law. — London, Sweet & Maxwell, Ltd, 1927.
- Principles of the English Law of Contracts, by Sir William Anson D. C. L. barrister at law. — 6^e ed., Oxford, 1891.
- Hints on Advocacy by Richard Harris Esq. K. C. — 1^{re} ed., 1903, Steven & Sons Ltd, London,
- An Elementary Commentary of English Law, by Judge Ruegg.
- Principles of the Law of Scotland, by John Erskine of Carnock Esq. Advocate, 21^e ed., by John Rankine K. C. M. A. LL. D., Professor of Scots Law in the University of Edinburgh. — William Green & Sons, Edinburgh, 1911.

- A Handbook of Husband and Wife according to the Law of Scotland, by Frederick Parker Walton B. A., LL. B. Edin. Advocate. — William Green & Sons, Edinburgh, 1893.
- Treatise on Husband and Wife according to the Law of Scotland, by Patric Fraser LL. D., Advocate. — 2^e ed., T. & T. Clark, Edinburgh, 1876.
- The Law of Contract in Scotland by William Finlayson Trotter, M. A. LL. M. Advocate, Barrister at law, Professor of Law in the University of Sheffield. — Ed 1913, William Hodge & Co, Edin. & London.
- Encyclopædia of the Laws of Scotland, by the Rgh. Hon. the Viscount Dunedin, P. C. — Ed. 1927, Green & Sons, Edin.
- JENKS. — A short history of English law.

2^o OUVRAGES EN FRANÇAIS SUR LE DROIT ANGLAIS.

- Commentaires de Stephen sur le Droit de l'Angleterre. Tome I^{er}. Introduction. Juridiction et procédure. Le Droit des Personnes, par P. H. Lawson M. A. traduit sur la 19^e éd. anglaise par Marc Desserteaux, Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Dijon. — Ed. Giard, 1933.
- Le Tome III du même ouvrage. Le Droit des Contrats et des *torts* par G. C. Cheshire, D. C. L.M. A. Carleton Kemp Allen M. A., M. C. et C. H. S. Fifoot, M. A., traduit sur la 19^e éd. anglaise par Mlle Léonie-Marion Mitchell, Docteur en droit. — Ed. Giard, Paris, 1931.
- Ces deux ouvrages ont été publiés par les soins de la Bibliothèque Internationale de droit privé et de droit criminel fondée par MM. les Professeurs H. Lévy-Ullmann et P. Lerebourg-Pigeonnière et dirigée par M. Jean Es-carra, Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Paris.

* * *

- Eléments d'Introduction générale à l'étude des sciences juridiques. Vol. II. Le système juridique de l'Angleterre. Tome I^{er}. Le système traditionnel, par M. Henri Lévy Ullmann, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Paris, Avocat à la Cour d'Appel, Vice-Président de l'Académie Internationale de Droit comparé (La Haye). — Ed. Recueil Sirey, Paris, 1928.

Système judiciaire de la Grande-Bretagne, par de Franqueville.
La Cour Suprême d'Angleterre, par M. Masson, Thèse, Paris.
L'erreur en droit anglais, par Fahmy Nour, Thèse, Lyon, 1926.

3° AUTRES OUVRAGES.

- AUBRY et RAU. — T. 7 Du mariage, 5^e éd., 1913.
ANGELESCO (D.). — Thèse, Paris 1911.
ANGELESCO (R.). — De la rupture des promesses de mariage.
Thèse, Paris 1914.
BARRAULT. — Essai sur le rôle du silence créateur d'obligation.
Thèse, Dijon 1912.
CANCE (Adrien). — Le Code de droit canonique. Commentaire
succinct et pratique. Lecoffre, Paris 1928.
CAPITANT (Henri). — De la cause.
— Le permis de séduire. *Chron. au D. H.*, 5 janvier 1933.
CAVROIS DE SATERNAUT. — Le rapprochement des législations
canoniques et civiles en matière de mariage. *Rev. trim.
de droit civil*, 1921, p. 683.
CHARDON. — Traité du vol et de la fraude.
COLIN et CAPITANT. — Cours élémentaire de droit civil français.
7^e éd., 1932.
COLIN (Ambroise). — Des Fiançailles et des promesses de ma-
riage. Thèse, Paris 1887.
COLIN (Pierre). — Etude sur les fiançailles en droit comparé.
Thèse, Paris 1921.
DEMOLOMBE. — Cours du Code civil. III. Traité du mariage et
de la séparation de corps.
DALLOZ. — Répertoire de Jurisprudence, Répertoire pratique.
ESMEIN. — Le mariage en droit canonique.
FORTIER. — Les contrats d'adhésion. Thèse, Dijon 1909.
GENY (François). — La protection juridique de la femme contre
la séduction et ses conséquences. Cours professé à la
Semaine sociale de Nancy : la femme dans la Société.
GIRARD. — Manuel élémentaire de droit romain, 6^e éd.
HUGUENY. — L'idée de peine privée en droit contemporain.
Dijon 1904, *Revue critique*, 1906, 416.
JACOMET. — Essai sur les sanctions civiles de caractère pénal.
Paris 1905.
JAPIOT. — Traité élémentaire de procédure civile. Rousseau.
éd., 1916.
JOSSEMAND. — Le problème juridique de la rupture des fian-
çailles. *Chron. D. H.* 1927, p. 23.

JOSSERAND. — Les mobiles dans les actes juridiques.

— L'abus des droits.

— La désolennisation du testament. *Chron. D. H.*, 16 juin 1932.

— Le contrat dirigé. *Chron. D. H.*, 2 novembre 1933.

LAURENT. — Principes de droit civil français.

LALOU (Henri). — 1382 contre 1165. Des responsabilités délicieuses des tiers à l'égard d'un contractant et d'un contractant à l'égard d'un tiers. *Chron. D. H.*, 25 octobre 1926.

— La solennisation des actes sous seing privés ou des exigences abusives du « bon pour ». *Chron. D. H.*, 30 mars 1933.

MARCADÉ. — Explication théorique et pratique du Code.

MEYNIAL. — De la sanction civile des obligations de faire et de ne pas faire. *Rev. prat. Le Droit français*, 1884, n° 440.

PERREAU. — Technique de la jurisprudence en droit privé. Ed. 1923.

PLANIOL et RIPERT. — Traité pratique de droit civil français et, plus spécialement t. II, La famille, avec le concours de M. André Rouast, et t. VI et VII, Les Obligations, avec le concours de M. Paul Esmein. Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, 1926 et 1930.

POTHIER. — Œuvres, t. III.

RIGAUD (Louis). — La Fiancée. Ed. Spes, 1927.

RIPERT (Georges). — La règle morale dans les obligations civiles. Ed. 1925.

ROSSEL et MENTHA. — Manuel de droit civil suisse. Payot, 2^e éd.

TOULLIER. — Droit civil français, t. VI.

VOIRIN (Pierre). — Note sous Dijon, 7 février 1928. *D.*, 1928.2. 109.

TABLE DES ABRÉVIATIONS DE LA JURISPRUDENCE ANGLAISE

C. A.	Court of Appeal.
C. B. (N. S.)	Common Bench Reports Scott (New Series).
C. & P.	Carrington and Paynes nisi prius reports.
Cowp.	Cowper's Reports King's Bench, 2 vol., 1774-1778.
C. P. et C. P. D.	Common Pleas Division Reports.
C. B. & E.	Ellis Blackburn and Ells's Report Queenis Bench.
Esp.	Reports of Cases argued and ruled ad Nisi Prius in the Courts of K. B. and C. P. by Isaac Espinasse.
Ex.	Exchequer (Echiquier).
F. & F.	Foster and Finlason's Reports, Nisi Prius, 1856-1867.
Ir.	Irish (Irlandais).
K. B. ou Q. B	King's Bench Division ou Queen's Bench Division (Division du Banc du Roi ou de la Reine). Reports.
Ld Raym.	Lord Raymond's Reports King's Bench and Common Pleas, 3 vol., 1694-1732.
L. J.	Law Journal Reports.
L. R.	Law Reports.
M. et W.	Meeson and Welsby's Reports, Exchequer, 16 vol., 1836-1847.
S. C.	Session Case.
Scott's.	Scott's Reports Common Pleas.
Stra.	Strange's Reports.
T. L. R.	Times Law Reports.
W. R.	Weekly Reports.

TABLE DES CAS ANGLAIS ET AMÉRICAINS

- Addis. v. Gramophone Co, 1909, A. C. cité par Stephen;
 Allan v. Baker, 1882, 41 American Reports 444;
 Baker v. Cartwright, 10 C. B. (N. S.) 124; 30 L. J. C. P. 364;
 Beachey v. Brown, 1860, E. B. & E. 796. L. J. Q. B. 652;
 Berry v. Dacosta, 1866, 35 L. J. C. P. 191;
 Bessela v. Stern, 1877, 2 C. P. D. 265 C. A.;
 Bradshaw v. Lancashire and Yorkshire Railway Co, 1867, L. R.
 2 Ex 311;
 Cork v. Baker, 1717, 1 Stra. 34;
 Daly v. Dublin, 1892, 30 L. R. Ir 514;
 Daniel v. Bowles, 1826, 2 C. & P. ;
 Finley v. Chirney;
 Foote v. Hayne, 1824, 1 C. & P. 545-546;
 Foulkes v. Sellway, 6 déc. 1809, 3 Esp. 236;
 Hall v. Conder, 1857, 26 L. J. C. P. 138;
 Hall v. Wright, 1858, E. B. & E. 746. 29. L. J. Q. B. 43;
 Hambley v. Trott, 1776, 1 Cowp. 371;
 Harrisson v. Cage, 1698, Ld Raym. 386;
 Hickey v. Campion, 17 avril 1872, W. R. 1872-752;
 Holmes v. Brierley, 1888; 36 W. R. 795;
 Inchbalt v. Western Neilgherry Coffee Plantation, 1864, 34 L. J.
 C. P. 15;
 Irving v. Greenwood, 1824, I. C. & P. 350;
 Jefferson v. Paskell, 1916, I. K. B. 57;
 King v. Gillet, 7 M. & W. 55 v. ;
 Leeds v. Cook and others, 4 Esp. 257;
 Liddel v. Easton's Trustees, 1907, S. C. 154;
 Loggot v. Great Northern Ry Co, 1875, L. R. 10 C. P. 189;
 Michael v. Hart & Co, 1902, 71 L. J.-K. B. 265-1 K. B. 482;
 Millward v. Littlewood, 1850, 5 Exch. 775;
 Northcote v. Doughty, 4 C. P. D. 385;
 Peek v. Gurney, 1875, 26 L. J. C. P. 138;
 Prevost v. Wood, 1905, 21 T. L. R. 684;

- Quirck v. Thomas, 8, 9 et 15 fév. 1915-1916, K. B. 796 ; in the Court of Appeal, 16, 17 et 18 nov. et 15 déc. 1915-1916 I. K. B. 516 ;
- Reid v. Grey, 11 juin 1928, K. B. 3 ;
- Richard v. Gellaty, L. R. 7 C. P. 127 P. 131.
- Rosenburg v. James, 5 mai 1928, T. L. R. (Times du 17 mai) ;
- Shackllford v. Hamilton, 1892, 40 American State Reports 166 ;
- Spiers v. Hunt, 1908, I. K. B. 720 ;
- Subbs v. Holywell Ry Co, 1867, L. R. 2 Ex 311 ;
- Twycron v. Grant, 1878, H. C. P. D. 40 ;
- Veneall v. Veness, 1865, 4 F. et F. 344 ;
- Vernon v. Bell, 17 mai 1928, T. L. R. 18 mai 1928 ;
- Wharton v. Lewis I. C. et P. 529 ;
- Wiedeman v. Walpole, 1891, 2 Q. B. 534 C. A. ;
- Wild v. Harris, 1849, 7. C. B. 999 ;
- Wilson v. Carnley, 1908, I. K. B. 729 C. A. ;
- Wood v. Burd, 1835, 2. N. C. 166 ;
- Young v. Murphy, 3 Scott's 378, 379, 1836 ;
-

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION	5

PREMIÈRE PARTIE

LA SOLUTION DU JUGE FRANÇAIS

AVANT-PROPOS. — Etat du droit antérieur au Code civil.....	17
CHAPITRE I. — La théorie du contrat.....	22
CHAPITRE II. — La théorie de la nullité des promesses de mariage....	27
CHAPITRE III. — L'action accordée par la jurisprudence sur le terrain quasi délictuel.....	35
<i>Section 1.</i> — Le fait générateur et la faute.....	37
<i>Section 2.</i> — Le préjudice et la réparation du dommage.....	42
<i>Section 3.</i> — La preuve.....	46
<i>Section 4.</i> — Exceptions et fins de non-recevoir.....	47

DEUXIÈME PARTIE

LA SOLUTION DES JUGES ANGLAIS ET ÉCOSSAIS

AVANT-PROPOS.....	51
CHAPITRE I. — Le « Contract to marry ».....	54
<i>Section 1.</i> — Nature juridique des fiançailles ou promesses de mariage	54
<i>Section 2.</i> — Forme du contrat de consentement.....	55
<i>Section 3.</i> — Objet et « consideration ».....	58
<i>Section 4.</i> — Preuve du contrat.....	66
CHAPITRE II. — Qui peut exercer l'action et contre qui ?.....	81
CHAPITRE III. — Résultat de l'action. Réparation du préjudice.....	93
CHAPITRE IV. — Exceptions et fins de non recevoir ou « defences »...	105
CHAPITRE V. — Procédure de l'action.....	112
CHAPITRE VI. — La solution du juge écossais.....	120

TROISIÈME PARTIE
DISCUSSION ET SOLUTION PROPOSÉE

TITRE I

**Examen critique du fondement des solutions
de la jurisprudence française.**

CHAPITRE I. — Critique de la valeur et de la portée donnée au principe de la liberté du mariage.....	129
CHAPITRE II. — Critique de la solution apportée par la jurisprudence..	142
CHAPITRE III. — Critique de la théorie du contrat susceptible de résiliation unilatérale et de l'abus de droit.....	150

TITRE II

**Essai d'un système de jurisprudence fondée
sur la théorie du contrat.**

AVANT-PROPOS. — Le contrat de promesse de mariage.....	157
CHAPITRE I. — Du consentement.....	164
<i>Section 1.</i> — Forme du consentement.....	164
<i>Section 2.</i> — Validité du consentement.....	166
1 ^o Capacité ;	166
2 ^o Vices du consentement	174
a) L'erreur ; b) la violence ; c) le dol.....	174
CHAPITRE II. — De la preuve.....	187
CHAPITRE III. — Exercice de l'action ?.....	197
CHAPITRE IV. — Des résultats de l'action. La réparation du dommage.	203
<i>Section 1.</i> — Nature de la réparation.....	204
<i>Section 2.</i> — Etendue de la réparation.....	207
<i>Appendice.</i> — La restitution des cadeaux.....	209
CHAPITRE V. — Exceptions et fins de non recevoir.....	212
CONCLUSION.....	221

